

NOTA INFORMATIVA EN RELACIÓN CO PROCESO SELECTIVO PARA O INGRESO NO CORPO DE XESTIÓN DA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA, SUBGRUPO A2.

O *Diario Oficial de Galicia* núm. 114, de 18 de xuño de 2015, publica a ORDE do 15 de xuño de 2015 pola que se convoca proceso selectivo para o ingreso no corpo de xestión da Administración da Xunta de Galicia, subgrupo A2.

Cumplindo co compromiso adquirido, a EGAP, continúa coa publicación dos temarios correspondentes aos distintos procesos selectivos convocados formalmente.¹

A publicación do mesmo na páxina web da Escola (<http://egap.xunta.gal>), farase nas dúas linguas oficiais.

Para maior información pódense poñer en contacto co servizo de Estudos e Publicacións a través do correo electrónico temarios.egap@xunta.gal, e os teléfonos 881 997 251, 981 546 241, 881 997 014, 981 546 239 e 981 546 238.

A Escola reitera que os temarios por ela facilitados **non teñen carácter oficial**, polo que **en ningún caso vincularán aos opositores ou aos tribunais**. En consecuencia deben considerarse instrumentos complementarios que servirán de apoio e axuda como textos de referencia pero nunca de forma exclusiva e excluínte.

A EGAP carece de equipo redactor e supervisor propios en relación aos presentes temarios, motivo polo que non se responsabiliza dos erros puntuais e/ou eventuais faltas de actualización normativa dos que aqueles poidan adoeecer.

Santiago de Compostela, 16 de decembro de 2015

Actualización: 17 de novembro de 2016²

¹ Tal e como figura na convocatoria:

"II. Proceso selectivo.

II.1. Fase de oposición.

En todos os exercicios da fase de oposición teranse en conta as normas de dereito positivo relacionadas co contido do programa que, no momento de publicación no DOG do nomeamento do tribunal do proceso, contén con publicación oficial no boletín ou diario correspondente, aínda que a súa entrada en vigor estea diferida a un momento posterior."

² Temas modificados 06/07/2016:

Epígrafe I. Dereito constitucional: Tema 10. O Goberno (...), Tema 11. A Administración xeral (...), Tema 12. Os organismos públicos (...) e Tema 13. As sociedades mercantís (...).

Epígrafe II. Dereito autonómico e dereito local: Tema 12. As relacións(...).

Epígrafe IV. Dereito administrativo: Tema 1. As fontes (...), Tema 2. O regulamento(...), Tema 7. O acceso electrónico (...), Tema 10. A organización (...), Tema 11. O acto administrativo (...) e Tema 12. A eficacia(...).

Temas modificados 14/09/2016:

Epígrafe IV. Dereito administrativo: Tema 13. Nulidade de pleno dereito (...), Tema 14. Revisión de oficio (...) e Tema 15. O procedemento administrativo (...).

Temas modificados 17/11/2016:

Epígrafe II. Dereito autonómico e dereito local: Tema 7. As administracións públicas...

Epígrafe IV. Dereito administrativo: Tema 4. A relación xurídico-administrativa (...), Tema 5. O principio de legalidade (...), Tema 6. Os dereitos dos cidadáns (...), Tema 16. Fases do procedemento (...), Tema 17. Os recursos administrativos (...), Tema 18. A potestade sancionadora (...), Tema 19. A responsabilidade patrimonial (...), Tema 22. Os contratos (...), Tema 23. Partes do contrato (...), Tema 24. Preparación dos contratos (...), Tema 25. Efectos dos contratos (...) e Tema 26. O servizo público (...)

TEMA 1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. A CONSTITUCIÓN COMO NORMA XURÍDICA. LIÑAS FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

TEMA 1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. A CONSTITUCIÓN COMO NORMA XURÍDICA. LIÑAS FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

Concepto de constitución

A Constitución escrita é un fenómeno relativamente recente na historia da organización das sociedades humanas. Unicamente durante o século XVIII empezan a existir documentos nos cales se pretende fixar por escrito as normas a que debe responder a organización política xeral da sociedade, con especificación dos órganos e procedementos a través dos cales se debe exercer o poder, así como da relación de tales órganos cos individuos e cos seus dereitos.

Estes documentos aparecen por primeira vez nas colonias inglesas de América do Norte e despois nos Estados Unidos constituídos por aquelas colonias tras a independencia da coroa británica. Posteriormente, Francia incorporárase ao mundo da Constitución escrita tras a Revolución coa Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán de 1789 e coa Constitución de 1791. Desde Francia a Constitución estenderase ao continente europeo ao longo do século XIX.

Xa que logo, o fenómeno da Constitución escrita é relativamente novo. No entanto, o termo «constitución» é antiquísimo, case tanto como a reflexión sobre a política e fíxose uso del de maneira abundante na antigüidade clásica, así como na literatura política e xurídica tardomedieval e moderna. De forma similar, se a afirmación inicial da Constitución escrita se produce nunha zona do planeta exclusivamente, nos dous séculos seguintes coñecerá un proceso de expansión extraordinario, pasando a se converter na forma xeral de organización do poder en practicamente todo o mundo. Na actualidade, tras os diversos procesos de descolonización, todo o planeta está integrado por Estados e todos os Estados teñen unha constitución.

Seguindo a PÉREZ ROYO, a diferenza do termo Constitución na literatura política da antigüidade clásica, tardomedieval e moderna, e o concepto de Constitución tal como se utiliza no século XVIII para facer referencia á Constitución política do Estado, radica en que na teoría política preestatal o termo pertence ao mundo do ser, é un termo descritivo. Na teoría política estatal, en cambio, o termo pertence ao mundo do deber ser, é un termo

prescritivo.

Nas sociedades baseadas na desigualdade por natureza dos seres humanos o poder era algo natural que non necesitaba ser constituído. Formaba parte da natureza ou constitución xeral da sociedade, xa que non era posible pensar esta sen a presenza do poder. Nas sociedades que se basean sobre o principio de igualdade, polo contrario, o poder político ten que ser constituído, porque non é algo natural, senón artificial, porque é o resultado da «técnica do home». A sociedade igualitaria ten espontaneamente unha Constitución social, pero *ten que darse unha Constitución* política, ten que constituír o Estado.

A partir de mediados do século XVII, na teoría política inglesa con terminoloxía vacilante, e a partir do XVIII de forma expresa, o concepto de Constitución transfórmase nun concepto prescritivo, que pertence ao mundo do deber ser. A Constitución refírese á orixe do poder, a como se crea o poder e non simplemente a como se pasa dunha forma de ser do poder a outra.

«Unha Constitución é algo que precede o goberno e o goberno é unicamente unha creación da constitución. A Constitución dun país non é un acto do seu goberno, senón do pobo que constitúe un goberno», diría Thomas PAINE en *The Rights of Man*. Non menos expresivos serían os textos constitucionais. Os das colonias tras a independencia primeiro: «Ordenamos, declaramos e establecemos a seguinte Declaración de Dereitos e *Frame of Government* (división de poderes), co fin de que sexa a Constitución desta *Commonwealth*» (*Constitución de Pennsylvania*), e a Constitución Federal despois: «Nós, o pobo dos Estados Unidos, [...] ordenamos e establecemos esta Constitución para os Estados Unidos de América».

No mesmo sentido expresaríanse os revolucionarios franceses. «É imposible crear un corpo para un fin sen darlle unha organización, sen darlle as formas e as leis adecuadas para facelo cumprir as funcións ás cales se quere destinar. *É o que se denomina a Constitución deste corpo*. É evidente que non pode existir sen ela. Tamén o é que todo goberno constituído debe ter unha constitución», diría SIEYES en *¿Que es el Tercer Estado?*, e MOUNIER, en *Rapport du Comité chargé du Travail sur la Constitution* do 9 de xullo de 1789, engadiría: «Tivemos que formarnos unha idea precisa do termo

Constitución [...]. Pensamos que unha Constitución non é outra cosa que unha orde fixa e establecida da maneira de gobernar; que esta orde non pode existir se non está apoiada en regras fundamentais, *creadas mediante o consentimento libre e formal dunha nación* ou daqueles que ela elixiu para que a representen [...]. Xa que logo, unha Constitución é unha forma precisa e constante de goberno ou, se se prefire, a expresión dos dereitos e obrigas dos diferentes poderes que o compoñen». E unha vez fixada a «idea precisa de constitución», MOUNIER subliñaría dous requisitos: a vontade popular e a limitación do poder. «Cando a maneira de gobernar non deriva da vontade do pobo claramente expresada, non hai constitución; non hai máis que un goberno de feito [...]. Se a autoridade non ten límites, é necesariamente arbitraria, e nada está máis directamente oposto a unha Constitución que o poder despótico». Tras o devandito *Rapport*, compréndese facilmente a redacción do artigo 16 da Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán: «Toda sociedade en que a garantía dos dereitos non está asegurada e a división de poderes determinada, non ten constitución».

A Constitución escrita é un produto típico da Ilustración. O «ideal» do constituínte de finais do XVIII sería descubrir a partir do estudo da natureza do ser humano, mediante o uso da razón, cal é a Constitución que debe presidir a súa organización en sociedade. E logo de descuberta esa constitución, fixala por escrito de maneira prescritiva. Como observou a finais do século XVIII *El Federalista* na súa defensa do proxecto de Constitución Federal aprobado na Convención de Filadelfia, no primeiro dos artigos dedicados ao dito proxecto de constitución, publicados na prensa de Nova York, para convencer os cidadáns da conveniencia e oportunidade da súa ratificación: o que está en xogo é «a importante cuestión de se as sociedades humanas son realmente capaces de establecer un bo goberno a partir da reflexión e a opción racional, ou se están destinadas para sempre a depender nas súas constitucións políticas do azar e da forza». Encontrámonos —engadía *El Federalista*— «na era en que a decisión ten que ser tomada» e «unha opción errónea merecería ser considerada como unha desgraza xeral para a humanidade».

Por iso, a Constitución escrita foi definida de maneira moi acertada por GARCÍA PELAYO como Constitución *racional normativa*. Coa dita denominación preténdese facer visible que se concibe «a Constitución como un complexo normativo establecido dunha soa vez e no

cal dunha maneira total, exhaustiva e sistemática se establecen as funcións fundamentais do Estado e se regulan os órganos, o ámbito das súas competencias e as relacións entre eles».

A Constitución racional normativa é o resultado da combinación dun elemento formal e outro material. Formalmente, ten que ser un produto da sociedade, creado por ela mesma, e non unha norma que se lle impón sen o seu consentimento. Materialmente, a Constitución ten que permitir á sociedade autodirixirse politicamente de maneira permanente. A sociedade non soamente debe ser libre no momento de aprobar a constitución, senón que debe continuar séndoo despois de maneira indefinida.

Cando algún destes dous elementos falla, aínda que se utilice o termo constitución, non nos encontramos ante un «réxime constitucional», senón ante algo distinto. Ao longo destes dous últimos séculos foron moitas as experiencias de «abuso» do termo constitución. De aí que, atendendo á súa eficacia ou á concordancia que existe entre o texto constitucional e as formas de exercicio do poder, distingue LOEWENSTEIN entre constitucións normativas, nominais e semánticas. As normativas son aquelas que establecen unha orde que coincide plenamente co descrito polo texto constitucional, producíndose un elevado grao de adecuación entre a Constitución e o proceso político. As nominais son aquelas que carecen dunha realidade existencial pois, aínda que son xuridicamente válidas, a realidade política nunca se adaptará á norma. E as semánticas son aquelas que enmascaran as forzas reais que detentan o poder, pois a súa finalidade é servir de tapadeira a unha situación política tal que, se non existise constitución, non sería diferente.

Esta conxunción de ideas antes referidas desembocou a fins do século XVIII e comezos do XIX na formación do modelo liberal de Constitución caracterizado por cinco notas básicas:

1. A Constitución é un acto de autodeterminación da comunidade mediante o cal os membros desta, de forma libre e democrática, deciden constituírse en comunidade política soberana. A Constitución emana por tanto do pobo, e non da concesión dunha autoridade superior e preexistente, ou dun pacto entre esta autoridade e o pobo.
2. A Constitución é un sistema de normas xurídicas, non unha declaración retórica de intencións. Desta forma, a Constitución ten forza de obrigar os cidadáns e os poderes

públicos.

3. A Constitución é a norma xurídica suprema, cumio do sistema normativo, o que entraña dúas consecuencias:

a. Unha de orde formal, o que supón que a súa modificación e derogación se encontra sometida a trámites especiais, máis dificultosos que os previstos para a reforma das leis.

b. Outra de orde material, que é a súa superioridade substantiva respecto das restantes normas que só serán válidas e aplicables na medida en que respecten os postulados da constitución.

4. A Constitución asume, por natureza, a forma de norma escrita. Isto debíase á idea da superioridade da norma escrita sobre a inseguridade do costume, e á configuración da Constitución como un medio de educación cívica.

5. A Constitución require, para merecer a condición de tal, que o seu contido se axuste aos principios da ideoloxía liberal, fundamentalmente os contidos no artigo 16 da Declaración de Dereitos de 1789: garantía dos dereitos individuais e separación de poderes. Sinala neste sentido GARCÍA PELAYO que o concepto de Constitución tratou de ser monopolizado por unha determinada tendencia, polo modelo liberal burgués, de modo que calquera ordenación fundamental do Estado non sería constitución.

Non obstante, desde o momento en que se produciu o triunfo do movemento liberal, a ambos os lados do océano Atlántico perfiláronse dúas tradicións netamente diferentes: a de Estados Unidos, dunha parte, e a de Europa, da outra. Dúas tradicións que, seguindo a BLANCO VALDÉS, serviron para configurar dous conceptos de Constitución moi diferentes desde o punto de vista do seu valor: un valor xurídico no caso norteamericano e un valor político no dos Estados europeos. En efecto, mentres a Constitución foi concibida en Europa durante a maior parte dos dous últimos séculos como un documento político que se limitaba a organizar e disciplinar o ámbito funcional dos poderes do Estado, basicamente dos poderes lexislativo e executivo, e as súas relacións e limitacións, de forma tal que aquilo en que ambos os poderes conviñeran resultaba constitucionalmente lexítimo, a mesma Constitución foi considerada nos Estados Unidos, desde os momentos

inmediatamente posteriores á aprobación da Carta de Filadelfia, como unha norma xurídica que máis alá de cumprir as funcións que acaban de apuntarse se conformaba, ademais, como unha norma básica do ordenamento xurídico do Estado que, como tal, era aplicable non só aos operadores políticos, senón tamén determinante das relacións entre aqueles e os particulares, ao configurarse como auténtico e supremo dereito do Estado.

A Revolución norteamericana estivo marcada de modo decisivo pola ausencia nos territorios coloniais dos poderes que na vella Europa caracterizaran a sociedade do Antigo Réxime, o que permitiu en boa medida a aqueles que dirixiron primeiro a proclamación de independencia e despois a construción do novo Estado federal aforrar aquel duro enfrontamento que, por contraste, caracterizou o desenvolvemento das revolucións liberais en Europa: o xerado pola forte oposición social e institucional á Revolución e ás súas conquistas políticas, sociais e económicas. Así as cousas, mentres que os liberais europeos deberon combater uns restos históricos dotados dunha notable capacidade de recuperación e resistencia, os norteamericanos puideron, en contraste, e como en *La democracia en América* escribiría máis tarde TOCQUEVILLE, beneficiarse do seu particular punto de partida: «Mentres na nai patria a xerarquía dos rangos clasificaba aínda despoticamente os homes, a colonia ofrecía cada vez máis o espectáculo dunha sociedade homoxénea en todas as súas partes». Será precisamente esa homoxeneidade, e algunhas das súas fundamentais consecuencias desde o punto de vista institucional (a ausencia en Norteamérica dun monarca absoluto ao cal en Europa ía ser necesario *recolocar*, constitucionalizándoo como xefe do Estado, na nova estrutura de poderes xurdida da Revolución), que permitirá aos americanos optar por un novo tipo de réxime político: a república. Todo isto eliminaba, ademais, a necesidade de facer do parlamento o garante do novo Estado constitucional, que será xustamente a exigencia politicamente ineludible xurdida, primeiro en Francia e logo nos restantes Estados europeos, tras o triunfo da Revolución e o establecemento dos que moi pronto serán os seus máis sinalados adversarios: os monarcas constitucionais en que se transmutaban os antigos monarcas absolutos. Non sendo, por tanto, o parlamento en Norteamérica a clave de bóveda sobre a cal repousaba o conxunto do sistema, resultaba imaxinable o que en Francia e, pola súa influencia, en toda Europa, apareceu, polo contrario, como de todo punto inimaxinable: que as súas leis deberían respectar os contidos da Constitución e deberían entenderse

inaplicables no caso de que os violasen.

En suma, a Constitución virá a configurarse moi pronto en Norteamérica como unha norma xurídica que, por selo, non pode ser contradita polas leis, correspondéndolle ao conxunto dos xuíces, como unha parte da súa función aplicadora da lei, a facultade de vixiar aquela coherencia.

Pero o que para os «Pais Fundadores» da Unión non ofrecía dúbidas, ía resultar en cambio pura e simplemente impensable para os seus correligionarios do vello continente: os revolucionarios europeos. Consecuentes coas necesidades e limitacións da súa época e o seu espazo, os triunfadores de 1789 non considerarán necesario protexer a Constitución do parlamento nin, polo tanto, da lei, porque estaban persuadidos dunha idea que respondía á realidade en que se asentaba o seu proxecto: a de que sería xustamente o parlamento o principal garante da Constitución e das súas conquistas. Con isto a norma constitucional acabará sendo o que non podía ser agás nesas circunstancias: un documento político permanentemente á disposición dos dous órganos fundamentais aos que se lles atribuirá a dirección do Estado constitucional, isto é, do rei e do parlamento. Todo aquilo en que conviñesen o parlamento, na súa condición de titular do poder lexislativo, e o monarca, titular, pola súa parte, do poder executivo e copartícipe na función de legislar a través da súa facultade de sancionar as leis aprobadas polas cámaras, deviría perfectamente constitucional, sen que existise poder ou órgano ningún que se puidese atrever a controlalo.

Por todo isto, a maioría das constitucións europeas foron durante unha boa parte dos dous últimos séculos só unha sombra do que os seus impulsores orixinarios imaxinaron que serían: a desvalorización do mecanismo representativo a través de distintas formas de sufraxio restrinxido, a sistemática limitación legal dos dereitos constitucionalmente proclamados, a consolidación dunha forma política de monarquía constitucional que colocaba os reis no centro do escenario institucional, ou o dominio do parlamento por pechados grupos oligárquicos que deixaban fóra da vida política a inmensa maioría da sociedade, viñeron perverter, ata facelo practicamente irrecoñecible, o programa constitucional do liberalismo revolucionario anteriormente mencionado. Así, dunha parte, os conservadores, sinaladamente BURKE e DE MAISTRE, afirmarían que a Constitución

non é outra cosa que a forma tradicional de ser dun pobo e das súas institucións políticas. Pero, por outra parte, tampouco debe estrañar á vista de tal evolución que, a punto de abrirse o último terzo do século XIX, un dos líderes europeos do movemento socialista, o filósofo socialdemócrata alemán Ferdinand LASALLE, afirmase na súa conferencia *¿Que é unha constitución?*, pronunciada en Berlín en 1862 e convertida co tempo nun texto clásico, que as constitucións eran só as follas de papel a través das cales se expresaban os factores reais de poder vixentes en cada país. Así pois, en Europa as constitucións ían carecer durante longo tempo dos instrumentos de defensa propios do resto das leis: de feito, ata o período de Entreguerras xa entrado o século XX. Só entón se afrontará de novo a cuestión de como dotar de garantías efectivas unha norma que, para selo de verdade, debía poder impoñerse ás demais. Só nese momento se producirá ese decisivo tránsito, que está na base das normas fundamentais das que agora desfrutamos en boa parte dos países europeos, do valor político ao valor xurídico da constitución, que se plasmou coa creación en Europa de órganos *ad hoc* —os tribunais constitucionais— encargados de defender a Constitución fronte á lei ou, dito doutra forma, de asegurar a supremacía da Constitución como norma xurídica básica e superior do ordenamento xurídico.

Neste marco teórico ten lugar o movemento constitucional que segue á Segunda Guerra Mundial, movemento que se caracteriza, entre outros trazos, por unha recuperación pura e simple do modelo liberal normativo de constitución. A Constitución configúrase como un sistema de normas xurídicas cun contido determinado que ten a calidade de norma xurídica superior.

Por iso, na actualidade a Constitución defínese polos seguintes trazos característicos:

1. A Constitución é unha norma xurídica. Neste sentido a maioría da doutrina entende que todos os preceptos da Constitución son normas xurídicas, aínda que precisando que non por iso todos os preceptos constitucionais teñen a mesma natureza. Así, xunto á existencia de normas directamente aplicables como as relativas aos dereitos fundamentais, poden existir outras que ou ben conteñen simples remisións normativas, ou ben posúen un carácter programático cuxa finalidade é orientar a actuación dos poderes públicos.

2. A Constitución é a norma xurídica superior, a norma suprema que ocupa o vértice da pirámide normativa. Esta supremacía da Constitución con orixe, tal e como xa se indicou, no constitucionalismo norteamericano ao configurar a Constitución como «*supreme law of the land*» ten dúas vertentes:

a) A supremacía formal, pois a Constitución entraña unha serie de límites á actividade normativa xa que é a Constitución a que establece o chamado sistema de fontes. Pero, ademais, a Constitución garante a estabilidade dos seus preceptos mediante o establecemento de procedementos de reforma específicos, distintos e dificultados en relación cos das demais normas.

b) A supremacía material, pois a Constitución condiciona o contido de todas as normas inferiores de modo que estas son nulas se o seu contido é incompatible co texto constitucional. Para garantir esta supremacía articuláronse varios mecanismos de control de constitucionalidade das leis: desde o *xudicial review* norteamericano aos sistemas de xurisdición concentrada. Ademais, outra manifestación desta supremacía material é a obriga de interpretación do resto das normas conforme a constitución, o cal é, ademais, unha importante garantía da unidade do ordenamento.

3. A Constitución é unha norma cun determinado contido, pois como apunta Ignacio DE OTTO, a neutralidade do concepto de Constitución entra en contradición coa mesma idea de Constitución como norma suprema. Se unha norma é suprema, debe impoñer límites tamén ao poder e, por tanto, a idea de Constitución é incompatible cun sistema político autocrático en que a titularidade do poder radique nun suxeito ou conxunto de suxeitos. Por tanto, do concepto de Constitución deriva o seu carácter democrático sen que se poida impoñer máis alá un contido concreto ás constitucións.

A Constitución como norma xurídica

Como sinala GARCÍA DE ENTERRÍA, a Constitución, por unha parte, configura e ordena os poderes do Estado construídos por ela; por outra, establece os límites do exercicio do poder e o ámbito de liberdade e dereitos fundamentais, así como os obxectivos positivos e as prestacións que o poder debe cumprir en beneficio da comunidade, constituíndo así un sistema preceptivo que emana do pobo como titular da soberanía, na súa función constituínte, e dirixido tanto aos diversos órganos de poder establecidos pola propia

Constitución como aos cidadáns.

Pero o devandito sistema preceptivo debe, ademais, caracterizarse como supremo, como a primeira das normas do ordenamento enteiro. Basicamente por dúas razóns:

1. Porque a Constitución define o sistema de fontes formais do dereito, de modo que só por se ditar conforme o disposto pola Constitución unha lei será válida ou un regulamento vinculante; neste sentido é a fonte das fontes.

2. Porque, na medida en que a Constitución é a expresión dunha intención fundacional, configuradora dun sistema enteiro que se basea nela, ten unha pretensión de permanencia ou duración. De aquí, pola súa vez, despréndese:

a) Inicialmente a chamada «rixidez» da norma constitucional, que lle asegura a chamada «superlegalidade formal», que impón formas reforzadas de cambio ou modificación constitucional fronte aos procedementos lexislativos ordinarios (así, o título X da nosa Constitución, do que autores como DE VEGA GARCÍA falan, máis que de rixidez, de «superrixidez» ou «petreidade», e que articula dous mecanismos de reforma en función das materias afectadas: o non agravado do artigo 167 e o reforzado do artigo 168);

b) Pero a idea levará tamén ao recoñecemento dunha «superlegalidade material», que lle asegurará á Constitución unha preeminencia xerárquica sobre todas as demais normas do ordenamento, produto dos poderes constituídos pola Constitución mesma, obra do superior poder constituínte. Esas demais normas só serán válidas se non contradín, non xa só o sistema formal de produción delas que a Constitución establece, senón, e sobre todo, o cadro de valores e de limitacións do poder que na Constitución se expresa.

Como xa se tivo ocasión de analizar na anterior epígrafe relativa ao concepto de Constitución, a caracterización formal e xurídica da Constitución como verdadeira norma non sempre foi aceptada. Foi no constitucionalismo norteamericano onde, ao estaren ausentes os factores monarquizantes que lastraban Europa, resultou desde o principio que as normas contidas na Constitución eran dereito, o dereito supremo do país ao cal se debían suxeitar os órganos do Estado no exercicio dos seus poderes, coa consecuencia de

que era posible o xuízo de constitucionalidade deste.

A grande achega americana será plasmar nunha Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide a validez das leis do Parlamento. Así, a Constitución federal de 1787 incluírá no seu artigo VI, Sección 2ª, a cláusula básica que proclama «esta Constitución» como «o dereito supremo da terra» (*the supreme law of the land*), declarando a vinculación directa dos xuíces a ela «non obstante calquera disposición contraria das constitucións ou das leis».

Exprésase así a doutrina da supremacía normativa da Constitución, e a súa consecuencia será a instrumentación no seu favor do principio da *judicial review*, que recoñecerá o poder dos tribunais de declararen nulas, para efectos da súa inaplicación, as leis que contradigan a Constitución, con base na vinculación máis forte da Constitución que das leis. Esta doutrina non será enunciada polo Tribunal Supremo ata a coñecida Sentenza de 1803 no asunto *Marbury vs. Madison*, obra do xuíz MARSHALL, que concreta definitivamente os seus termos.

A recepción en Europa do sistema de xustiza constitucional non vai ter lugar ata a posguerra de 1919 por dúas vías principais:

- Unha vía conclúe na Constitución alemá de Weimar, que articula un tribunal ao cal se lle confían os conflitos entre poderes constitucionais e especialmente entre os distintos entes territoriais propios da organización federal.
- O segundo sistema, que é o máis importante e o que se vai consagrar definitivamente, aínda que con matizacións significativas, é o sistema austríaco, obra persoal de Kelsen, sistema expresado por primeira vez na Constitución austríaca de 1920 e perfeccionado tras a reforma de 1929.

Este sistema difire do da *judicial review* americana en puntos decisivos. Así, fronte ao chamado «control difuso» americano, que implica que todos os xuíces están habilitados para inaplicar as leis cando as xulgan contrarias á Constitución (multiplicidade de control en que, non obstante, pon orde o principio *stare decisis*, que vincula os tribunais inferiores á xurisprudencia da *Supreme Court*), o sistema kelseniano configura un «control concentrado», confiado a un só tribunal, o Tribunal Constitucional, único habilitado para

declarar a inconstitucionalidade dunha lei e ao cal se deberán dirixir os tribunais que estean pendentes de aplicar a dita lei.

A Constitución española de 1978 é explícita en recoñecerse a si mesma un valor normativo e vinculante directo que, sen mingua do monopolio da declaración de inconstitucionalidade das leis atribuído ao Tribunal Constitucional [artigos 161.1.a) e 163 CE], afecta a todos os poderes públicos e a todos os cidadáns (artigos 9.1 CE), e que, por tanto, necesariamente é aplicable, en maior ou menor medida pero efectivamente, por todos os xuíces e tribunais.

A Constitución de 1978 ten valor normativo inmediato e directo, o cal se deduce do artigo 9.1 da CE (que contén o chamado por TORRES DEL MORAL «autorrecoñecemento do valor normativo propio») ao establecer que «os cidadáns e os poderes públicos están suxeitos á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico».

Entre os poderes públicos a que alude o artigo 9.1 da CE, a vinculación normativa non afecta unicamente os poderes legislativo e executivo, senón tamén todos os xuíces e tribunais. Neste aspecto, o artigo 163 da CE resulta un precepto capital, en canto establece o seguinte: «Cando un órgano xudicial considere, nalgún proceso, que unha norma con rango de lei, aplicable ao caso, de cuxa validez dependa a sentenza, poida ser contraria á Constitución, promoverá a cuestión ante o Tribunal Constitucional». Formula así a dita norma o principio de interdicción aos xuíces ordinarios de aplicar «unha norma con rango de lei» cando consideren que «poida ser contraria á Constitución», e a correlativa obriga de promover a cuestión de inconstitucionalidade, xa que o Tribunal Constitucional ten o monopolio da declaración de inconstitucionalidade. Agora ben, do dito precepto e da súa inserción constitucional resultan tamén as seguintes consecuencias:

1. A prohibición de declaración de inconstitucionalidade para os xuíces ordinarios non se estende nin a normas con rango inferior á lei, nin a actos xurídicos, públicos ou privados. Así, o artigo 6 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, establecerá: «Os xuíces e tribunais non aplicarán os regulamentos ou calquera outra disposición contrarios á Constitución, á lei e ao principio de xerarquía normativa».
2. O artigo 163 prohíbelles aos xuíces e aos tribunais ordinarios declararen a inconstitucionalidade das leis, pero non lles prohibe, antes ben debe entenderse que

precisamente os obriga a facelo, concluír un xuízo de constitucionalidade positiva, isto é, de conformidade da lei que teña que aplicarse no proceso coa Constitución.

3. A formulación anterior débese matizar ao considerar a lexislación preconstitucional e o efecto da disposición derogatoria terceira, ao dispoñer que «quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ao establecido nesta Constitución». Nalgúns casos de normas anteriores contrarias á CE na súa regulación material, o xuíz ordinario non só estará vinculado pola CE, senón que esta vinculación, sinala GARCÍA DE ENTERRÍA, o obrigará a aplicar directamente o precepto constitucional como norma decisoria, sen necesidade de que o TC declare previamente inconstitucionais as leis en contradición coa CE. Esta situación, apunta ENTERRÍA, prodúcese polo menos nos seguintes supostos: recoñecemento e protección dos dereitos fundamentais, parte organizativa dos poderes constitucionais, e o suposto hipotético das leis afectadas pola disposición derogatoria da Constitución no seu ordinal 3º. Vexamos cada un dos supostos:

a) En canto aos dereitos fundamentais, o artigo 53.1 da CE declara que os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo II do título I vinculan todos os poderes públicos. Esta declaración do artigo 53.1 da CE non constitúe unha simple repetición do artigo 9.1 da CE, senón que este artigo 53.1 quixo engadir un plus para a súa regulación constitucional consistente precisamente en que tal regulación ten o carácter de dereito directamente aplicable, sen necesidade do intermedio da lei, proporcionando neste sentido o artigo 53.3 da CE un claro argumento a contrario. Proba desta aplicación directa da regulación constitucional dos dereitos e liberdades é o artigo 53.2 da CE, que faculta calquera cidadán para solicitar a tutela dos dereitos consagrados nos artigos 14 a 30 ante os tribunais ordinarios, e posteriormente en amparo constitucional. Desta maneira, se os tribunais ordinarios deben tutelar os dereitos e liberdades na forma que os trazou a CE, será esta a norma que se aplicará neste proceso de tutela. De aí que se deba entender que a totalidade das regulacións preconstitucionais dos dereitos fundamentais contrarias á CE foron directamente derogadas pola Constitución en virtude da súa disposición derogatoria, sen que resulte precisa unha declaración expresa de inconstitucionalidade polo TC. Por tanto, calquera tribunal que coñeza dun proceso en que teñan incidencia os dereitos

fundamentais recoñecidos na CE pode aplicar directamente esta e atribuír ao dereito fundamental de que se trate a totalidade da súa eficacia, non obstante a regulación anterior contraria á CE.

b) O segundo suposto en que xuíces e tribunais poden aplicar directamente a CE, non obstante a existencia de lei anterior contraria, e sen necesidade de que o TC a declare previamente inconstitucional, é o caso da parte organizativa e habilitante dos poderes públicos. Os preceptos orgánicos constitucionais son así de inmediata aplicación, polo que se deberán entender derogadas as anteriores leis contrarias, sen necesidade de que os tribunais ordinarios promovan unha declaración previa de inconstitucionalidade polo TC.

c) Por último, cabe considerar o alcance da disposición derogatoria da CE sobre a lexislación anterior de contido non estritamente político. Esta disposición derogatoria, tras declarar derogada a Lei para a reforma política do 4 de xaneiro de 1977, así como a Lei do 25 de outubro de 1839, en relación co réxime foral das provincias de Araba, Gipuzkoa e Biskaia, dispón no seu ordinal 3º o que segue: «Así mesmo, quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ao previsto nesta Constitución». A cuestión, clara respecto dos dous casos antes examinados, suscítase respecto do resto da lexislación anterior, en canto se o efecto derogatorio da CE se debe estender ao resto da lexislación anterior en canto lle sexa reprochable unha contradición con algunha norma ou principio constitucional. Isto é importante porque, de entenderse que a disposición derogatoria afecta todas as leis preconstitucionais, a cuestión da contradición coa CE como presuposto da súa derogación debería ser decidida por xuíces e tribunais; noutro caso, non se podería falar de derogación senón de inconstitucionalidade, aínda que sexa sobrevida, e a cuestión débesele remitir ao TC.

Son dous os modelos que ofrece o dereito comparado:

- A fórmula da Lei fundamental de Bonn, que entende que a lexislación anterior contraria á Constitución se debe entender derogada, de forma que o Tribunal Federal alemán remitiu a determinación da contradición das leis anteriores coa Lei fundamental aos tribunais ordinarios, negándose así con carácter xeral a aceptar a cuestión como un problema de control de constitucionalidade das leis.

- A fórmula italiana é distinta, xa que a Constitución carece de fórmula derogatoria expresa e, formulado o problema, o TC italiano decidiu que non se trataba dunha cuestión de abrogación senón de inconstitucionalidade sobrevida, existindo por tanto, respecto ás leis anteriores contrarias á Constitución, un monopolio de rexeitamento a favor do Tribunal Constitucional.

No noso dereito, GARCÍA DE ENTERRÍA decantárase pola solución italiana por entender que así se evitaba un axuizamento disperso por todos os órganos da xurisdición ordinaria. Desta forma, a cláusula derogatoria da CE alcanzaría tan só as normas de contido político xa vistas (dereitos fundamentais e parte organizativa, materias ás cales a CE quería ter dado aplicación inmediata e directa), e cando efectuasen esa regulación de forma claramente incompatible coa regulación coa Constitución. Toda outra posible contradición entre CE e lexislación anterior, ao non ser causa de derogación, debería remitirse ao TC.

Non foi esta, porén, a liña seguida polo noso TC. Nas súas sentenzas do 2 de febreiro e do 8 de abril de 1981 o Alto Tribunal declarou que os xuíces ou tribunais poden:

- Ben inaplicar a lei preconstitucional que contradiga a CE segundo o argumento da derogación,
- Ben someter a cuestión ao TC por vía da cuestión de constitucionalidade do artigo 163 da CE, ante a dúbida de se se produciu ou non esa derogación.

Esta alternativa produce unha única diferenza: que a sentenza do TC terá efectos *erga omnes*, producindo a importante función de depuración do ordenamento xurídico, o que, con todo, non ocorrerá no caso de estimación da derogación polos tribunais ordinarios.

Aínda que esta doutrina do TC foi criticada (abonde recordar o voto particular de RUBIO LLORENTE á STC do 2 de febreiro de 1981), parece consagrada. Con todo, GARCÍA DE ENTERRÍA considera que sería desexable que a «facultativa» formulación da cuestión de constitucionalidade tivese lugar sempre que os tribunais ordinarios contrastasen principios xerais e abertos da Constitución con preceptos

concretos das leis anteriores.

4. Finalmente, a supremacía da Constitución sobre todas as normas e o seu carácter central na construción e na validez do ordenamento no seu conxunto obrigan a que as leis e todas as normas xurídicas se interpreten conforme ela, escollendo entre as varias posibilidades de interpretación a que sexa conforme coa Constitución e eliminando as demais. O principio conságrao no noso dereito o artigo 5.1 da LOPX, ao dispoñer que «A Constitución é a norma suprema do ordenamento xurídico e vincula a todos os xuíces e tribunais, os cales interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme a interpretación destes que resulte das resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

A repercusión deste principio no plano da cuestión de inconstitucionalidade vén explicitada polo número 3 do mesmo artigo 5 da LOPX, ao establecer que procederá a súa formulación «cando por vía interpretativa non sexa posible a acomodación da norma ao ordenamento constitucional.»

Liñas fundamentais do constitucionalismo español

Cando se aborda o estudo da nosa historia constitucional, o primeiro dato que, de maneira inmediata, sobresaie sobre calquera outro é o número de constitucións que España coñeceu. Entre nós tiveron vixencia e aplicación as de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 e a actual de 1978. Á marxe quedan distintos proxectos que non cristalizaron na aprobación dunha constitución: é o caso dos proxectos constitucionais de 1852, a Constitución *non nata* de 1856, o proxecto de Constitución Federal de 1873, ou os proxectos constitucionais de 1929. Pode así dicirse, seguindo a TOMÁS VILLARROYA, que «España, desde principios do século XIX, estivo afectada, de maneira constante, por unha febre constituínte».

Con carácter xeral, a doutrina adoita sinalar como trazos característicos do constitucionalismo histórico español os seguintes:

1. A inestabilidade:

Esta característica dedúcese facilmente do gran número de constitucións e proxectos que

se suceden, como se acaba de referir, desde comezos do século XIX. Esta inestabilidade deriva de determinados feitos e circunstancias históricas que predispoñían a un continuo cambio de Constitución.

En primeiro lugar, díxose frecuentemente que o momento en que o constitucionalismo se introduce en España foi en certa medida inoportuno para o seu adecuado despregamento. A Revolución Francesa provocou en Europa un movemento reaccionario que se manifestaba contrario aos novos cambios. Ademais, en España a idea constitucional comeza a introducirse coa invasión napoleónica, de tal forma que resulta fácil asociala co invasor francés. Así o fixeron con notable éxito algúns dos sectores que se opoñían á invasión desde posicións conservadoras: opuxéronse ao constitucionalismo co mesmo empeño que loitaban contra os franceses. De feito, cando Fernando VII regresa e derroga a Constitución de 1812, non se produce unha reacción popular en contra.

En segundo lugar, a ausencia dunha verdadeira revolución burguesa en España. Mantíñase unha estrutura social propia do Antigo Réxime, na cal o clero e a nobreza tiñan unha significativa importancia. Desta forma existían grandes desaxustes entre a nova ideoloxía constitucionalista, vinculada á burguesía, e a estrutura social española.

Por último, o carácter pendular das constitucións históricas. Certamente cada unha das constitucións que se van sucedendo ten un marcado carácter partidario; a unha de carácter progresista segue outra de signo conservador.

2. A influencia de movementos ideolóxicos autóctonos contrarios ao constitucionalismo:

Outro dos factores que hai que apuntar no constitucionalismo español é a existencia dunha serie de movementos ideolóxicos autóctonos que foron sistematicamente contrarios ao constitucionalismo. O carlismo, o liberalismo doutrinario ou, mesmo, o fascismo foron algunhas destas ideoloxías reticentes, cando non expresamente contrarias, ao constitucionalismo, que estiveron presentes ao longo da nosa historia constitucional como consecuencia do carácter conservador do liberalismo español do século XIX (ÁLVAREZ JUNCO). O carlismo xorde tras a morte de Fernando VII sobre a vontade de que fose Carlos, o irmán do rei falecido, quen subise ao trono en lugar dunha muller, Isabel II, que era a filla do rei. Os carlistas eran firmemente conservadores, defensores das tradicións e

absolutistas fronte ás ideas revolucionarias e fronte ao liberalismo. A ideoloxía carlista estivo presente durante os séculos XIX e XX, influíndo, aínda que con distinto alcance, nas posicións dos partidos e ideoloxías conservadoras. O liberalismo doutrinario, pola súa parte, tiña entre o seu ideario certos postulados que impedían a existencia dunha verdadeira Constitución, como a potenciación da figura do rei e as súas prerrogativas como o veto rexio, o mantemento do sufraxio censitario ou a restrición das liberdades individuais. Aínda que non estritamente español, pois tivo a súa orixe en Francia e difundíuse por boa parte de Europa, en España mantivo a súa influencia durante todo o século XIX (DÍEZ DEL CORRAL).

3. O carácter derivado das constitucións españolas:

As constitucións españolas recibiron unha evidente influencia das constitucións doutros países. Por isto, pódese indicar que o noso constitucionalismo, lonxe de ser orixinal, é derivado, coa única excepción dos compoñentes ideolóxicos conservadores mencionados antes. Na Constitución de Cádiz de 1812 podemos apreciar a influencia do primeiro constitucionalismo norteamericano e francés, como resulta lóxico. A Constitución de 1834 reflicte certa influencia das constitucións francesas de 1814 e de 1830, polo seu carácter de constitución outorgada en virtude dunha potestade do soberano. A Constitución de 1837 ten o seu referente, segundo identificou a doutrina, na Constitución belga de 1831. Na Constitución de 1869, froito da Revolución Gloriosa, apréciase unha marcada influencia da Constitución norteamericana de 1787. Por último, a Constitución da Segunda República ten unha nítida influencia das constitucións europeas de Entreguerras, sobre todo da Constitución de Weimar de 1919. O carácter derivado non ten unha connotación negativa. En realidade, constitucións orixinais adoitan ser unicamente as que inician un período constitucional. A partir destas, as restantes adoitan basearse nas pioneiras. O importante é que se trasladen os mecanismos e as institucións que resulten adecuadas ás necesidades dun determinado territorio e se adapten ás condicións deste. A Constitución de 1978 é un bo exemplo de constitución derivada, que adapta ás necesidades propias as experiencias foráneas.

4. A sucesión de constitucións mediante ruptura:

As diversas constitucións históricas sucedéronse mediante ruptura, sen que existise unha

continuidade entre elas. As constitucións non adoitaban incluír mecanismos de reforma ou modificación (Estatuto Real de 1834, Constitución de 1845) e en caso de que o tivesen previsto (título X da Constitución de 1812, título XV da Constitución *non nata* de 1856), estes mecanismos non eran utilizados. Entre unha e outra constitución producíase unha ruptura.

Unha constitución de signo liberal (1812, 1837, 1856 ou 1869) era seguida por outra de signo conservador (1834, 1845 e 1876). Ademais, deste cambio de signo político é preciso sinalar que o movemento pendular durante o século XIX e o XX tamén se produce entre o autoritarismo e o constitucionalismo. Os períodos de autoritarismo supoñen un total de setenta anos se sumamos o reinado de Fernando VII, a ditadura de Primo de Rivera e o franquismo.

Tendo en conta algunhas das características sinaladas, compréndese mellor o cambio radical de perspectiva que introduce na nosa historia constitucional a Constitución de 1978, norma que supón unha ruptura radical coas pautas que definiran o pasado político español desde que coa aprobación da Constitución gaditana en 1812 se inaugura o longuísimo ciclo de inestabilidade política e constitucional xa referido. Un ciclo que non se pechará, en sentido estrito, ata 1978, cando se aproba a Constitución que permitiu a España vivir por primeira vez establemente en democracia durante máis de tres décadas. Tal estabilidade gardou directa relación co feito de que no último período constitucional da nosa historia se puidesen sentar as bases para acometer dun modo razoable a resolución, seguindo a BLANCO VALDÉS, dos cinco grandes conflitos políticos da historia constitucional española: o das relacións entre o rei e o Parlamento, entre a Igrexa e o Estado, entre as autoridades civís e o aparato militar, entre o Estado e a sociedade, e, en fin, entre o centro e a denominada periferia.

A cuestión da forma de goberno ou, o que é igual, a das relacións entre rei e Parlamento —entre o principio monárquico-hereditario e o principio democrático como principios inspiradores do funcionamento do Estado— fora en realidade na nosa historia a da radical incompatibilidade política e social entre monarquía e democracia. Isto ata o punto de que as dúas únicas experiencias de auténtico impulso democrático producidas desde o establecemento definitivo do réxime constitucional a partir de 1836 ían ser republicanas:

as desenvolvidas tras a proclamación da I República en 1873 e a II en 1931. En contraste con esa experiencia do pasado, a monarquía parlamentaria, que se configurou como forma de goberno na actual Constitución, non será, ao cabo, máis que a expresión da clara aposta do lexislador constituínte por crear un sistema de goberno democrático, equiparable ao de calquera dos Estados constitucionais europeos existentes cando a Constitución foi elaborada.

A Constitución de 1978 recollerá, ademais, dous principios esenciais, que acabarán por ser determinantes das relacións entre o Estado e as igrexas, e entre o poder civil e o militar: o de que ningunha confesión relixiosa terá carácter estatal e o de que é o Goberno quen dirixe a Administración militar e a defensa do Estado. Tales principios constituirían o punto de partida dun amplo e coherente labor lexislativo que ía permitir solucionar de forma progresiva dous dos problemas que marcaran o pasado español de forma decisiva e que contribuíran, como poucos, a dificultar o asentamento dun sistema pluralista e democrático.

O chamado «problema relixioso» constituíu durante todo o século XIX e o primeiro terzo do seguinte (ata que a ditadura franquista o eliminou por puro enquistamento, ao establecer mediante a forza das armas un réxime político de nacionalcatolicismo, onde o Estado e a Igrexa católica chegaron a confundirse como nunca o estiveran no pasado liberal) un auténtico precipitado das dúas visións de España que se enfrontaron, mesmo baixo bandeiras diferentes, desde comezos do século XIX: a liberal e absolutista; a moderada e progresista; a conservadora e republicano-federal; a autoritaria e democrática. Eses enfrontamentos, que cubrirán a totalidade do noso período constitucional e xirarán arredor de cuestións moi diversas —políticas, sociais e económicas— estiveron sempre impregnados, en calquera caso, polo factor relixioso, que actuou en xeral como un cemento que soldaba posicións en contra e a favor. A aconfesionalidade do Estado, constitucionalmente proclamada, proxectouse despois de 1978 na resolución lexislativa de gravísimos problemas conectados con ela (o do divorcio, o do aborto ou o do ensino da relixión nas escolas), e permitiu formular as relacións entre o Estado e as igrexas, sinaladamente a católica, no único terreo imaxinable e aceptable nun sistema democrático: o da separación e o mutuo respecto aos ámbitos de decisión de cadaquén.

Ben diferente foi a forma de resolver o tradicional problema militar, determinante dun pasado en que o exército interferiu de forma constante no desenvolvemento da vida nacional e no cal as forzas armadas terminaron constituíndose como unha especie de pequeno Estado dentro do Estado. Tamén aquí o franquismo marcaría o punto máximo de dexeneración dunha tendencia apuntada desde comezos do século XIX, en que as constantes intervencións dos militares en política a través de pronunciamentos, revolucións, contrarrevolucións, golpes de Estado ou rebelións acabou por dar lugar a un fenómeno que se considerou historiograficamente como característico de España: o do pretorianismo. Pero a cuestión do pretorianismo non resultaba, ao cabo, máis que unha das caras daquel chamado problema militar que acabou por traducirse no progresivo protagonismo político do exército español e na súa crecente autonomía dos órganos encargados da dirección política estatal: o decisivo papel do exército, a partir sobre todo do último terzo do século XIX, no mantemento e restauración da orde pública interior, e a súa privilexiada relación cos monarcas durante o longo período da Restauración, mediante un vínculo que colocaba os militares á marxe da suxeición ao parlamento e ao goberno característica de calquera Estado democrático, foron quizais as dúas manifestacións esenciais dun proceso que acabou por converter o exército na columna vertebral da monarquía constitucional e do seu Estado autoritario e oligárquico. En claro contraste con esas pautas do pasado, a Constitución de 1978 establecerá por primeira vez na nosa historia un modelo plenamente civilista de relacións civís-militares, ao converter as Forzas Armadas no sector da Administración encargado do uso das armas. A dicotomía civís-militares deixou con ela de existir, xa que os militares non van ser xa aquel *poder militar* dotado no pasado de autonomía orgánica e funcional respecto do parlamento e do goberno, senón a *Administración militar*, suxeita, como o resto, á dirección política emanada dun goberno democrático, responsable ante un parlamento elixido por sufraxio universal.

O conflito nas relacións Estado-sociedade subsumía os dous xa referidos, pois tanto a[s] igrexa[s] como os militares, na súa dimensión *privada*, son tamén sociedade, pero, como é obvio, superábaos. Superábaos porque o Estado español foi configurándose ao longo da súa evolución durante os dous últimos séculos como un Estado fortemente oligárquico, militarizado, clerical e antipluralista, moi impermeable a calquera intento de reforma

democrática. Isto resultou posible, entre outras cosas, pola inexistencia durante todo o período citado dun auténtico sistema de liberdades e dereitos que garantise verdadeiros ámbitos de autonomía dos particulares. Os dereitos e liberdades foron exercidos en precario case sempre por uns españois que, ou non tiñan recoñecidos constitucionalmente os seus dereitos ou, se os tiñan, os vían legalmente limitados. Mesmo cando aqueles estaban recoñecidos legalmente, sufrían da constante recorrencia a instrumentos xurídicos (estados especiais, suspensión de garantías, lei marcial) ou simples vías de feito que acababan por imposibilitar a súa práctica efectiva. A Constitución de 1978 rompeu de forma radical con esta situación, recoñecendo non só un amplísimo catálogo de liberdades e dereitos, senón establecendo tamén un sólido e completo sistema para garantilos, que posibilitou que a propia Constitución puidese chegar a dispoñer, situándose moito máis alá da retórica, que os dereitos son no ordenamento xurídico español «o fundamento da orde política e da paz social».

Pero a Constitución e os constituíntes que a elaboraron cun alto grao de consenso non só tiveron presente a necesidade de fixar principios que permitisen dar saída aos catro conflitos históricos ata agora mencionados. Moi polo contrario, os deputados e senadores que formaron parte das primeiras Cortes democráticas foron conscientes tamén, desde que comezaron o seu labor, da urxencia con que se debería abordar a resolución doutro gravísimo conflito, o quinto dos cinco mencionados máis arriba, o relativo á organización do territorio: o problema da forma de Estado desde o punto de vista da súa organización territorial, que historicamente foi denominado entre nós primeiro *problema rexional* e logo *problema nacional*. Un problema, cómpre subliñar, que non era outro en realidade que o de satisfacer as reivindicacións históricas do nacionalismo vasco e catalán: e isto porque se é certo que España, o mesmo que noutros moitos Estados europeos, se edifica como Estado nacional a partir dunha notable diversidade territorial, e tamén o é que esa edificación se fai ao prezo de negar, moi frecuentemente con violencia, tal diversidade en moitas das súas manifestacións lingüísticas, culturais, xurídicas, sociais ou económicas, non o é menos que a derivación, a partir desa realidade, dunha exixencia de poder propio para algúns dos *diversos* territorios que compoñen o Estado necesitou historicamente da mediación nacionalista. Tan decisivo ía ser no momento constituínte o problema nacional que da súa adecuada solución pasou a depender, en gran medida, a propia posibilidade de

asentar en España o Estado democrático. Non obstante, o inmenso esforzo realizado desde 1977 ata o presente para encontrar unha saída á conflitiva cuestión territorial acabou por conducir a unha situación verdadeiramente sorprendente: que España sexa hoxe un dos Estados máis descentralizados da Europa democrática e que, malia iso, siga vivo un conflito que parece que a descentralización lonxe de solucionar acabou por enquistar indefinidamente.

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.^a ed., 2008.

ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., e RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I e II*, Madrid, vol. I, 4.^a ed., 2007, vol. II, 4.^a ed., 2008.

ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.^a ed., 2009.

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., e REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999.

BLANCO VALDÉS, R.: *La Constitución de 1978*, Madrid, 2.^a ed., 2011.

CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984.

STEBAN, J. DE, e GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.^a ed., 2001, vol. II, 1.^a ed., 2004, vol. III, 1.^a ed., 2000.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «En torno al concepto de Constitución», en AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol. I, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cizur

Menor, 4.^a ed., 2006.

LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P., e SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.^a ed., 2007.

LOEWENSTEIN, K.: *Teoría da Constitución*, Barcelona, 1983.

LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.^a ed. (4.^a reimpr.), 1992, vol. 2, 3.^a ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.^a ed. (rev. e ampl.), vol. 4, 2.^a ed. (rev. e ampl.), 1984.

LUCAS VERDÚ, P., e LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.^a ed., 1994.

OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.^a ed., 1988.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 12.^a ed. (revisada e posta ao día por Manuel Carrasco Durán), 2010.

RUBIO LLORENTE, F: «*La Constitución como fuente del Derecho*», en AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, vol. I, 1979; «*Sobre la Constitución*», en AAVV, *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, vol. I, 1997.

TURA, J. e AJA, E.: *Constituciones y periodos constituyentes en España*, Madrid, 1977.

TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981.

TORRES DEL MORAL, A: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, 5.^a ed., 2004.

VICENTE A. SANJURJO RIVO

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 2

**A CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. OS
VALORES SUPERIORES. OS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONAIS. O ESTADO ESPAÑOL COMO
ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DEREITO.
A REFORMA CONSTITUCIONAL.**

TEMA 2. A CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. OS VALORES SUPERIORES. OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS. O ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DEREITO. A REFORMA CONSTITUCIONAL.

A CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

A vixente Constitución xorde como resultado dun proceso de reforma política que permitiu pasar dun sistema autoritario a un constitucional de forma pacífica e, desde a óptica xurídica, sen que se producise unha fractura na validez do ordenamento, como viña sendo a nosa dinámica secular. Polo contrario, aínda partindo de valores e principios radicalmente distintos aos que inspiraban o réxime político precedente, respectáronse as normas establecidas por este para axudar ao nacemento do cambio constitucional.

A morte de Franco, o 20 de novembro de 1975, supuxo a proclamación como rei do sucesor, é dicir, de don Juan Carlos de Borbón, en virtude da Lei do 22 de xuño de 1969, e, pouco despois, en xullo de 1976, fracasado o intento de continuísmo franquista do Goberno de Arias Navarro, a formación dun Goberno presidido por Adolfo Suárez. Este remitiu ás Cortes, en outubro de 1976, un proxecto de lei para a reforma política, que foi aprobado e, posteriormente, segundo o exixido polas leis fundamentais, sometido a referendo. Esta Lei 1/1977, do 4 de xaneiro, para a reforma política, cualificada por uns como lei-ponte e como lei-instrumento por outros, malia a súa brevidade (cinco artigos, tres disposicións transitorias, unha disposición derradeira), sen introducir por si mesma un sistema democrático-constitucional, facía posible a súa creación, ao incluír os seguintes elementos básicos para a viaxe cara á democracia (López Guerra):

- a) Por un lado, reformaba o sistema institucional, creando unhas Cortes bicamerais, elixidas por sufraxio universal, directo e secreto, ás cales se confiaba o poder lexislativo (artigos 1 e 2).
- b) Por outro lado, establecía (artigo 3) un procedemento de reforma constitucional, que requiría a intervención das Cortes e o posterior referendo popular.
- c) A pesar de que se incardinaba formalmente no ordenamento vixente (a súa disposición final definíaa expresamente como «Lei fundamental»), difería radicalmente no seu espírito dese ordenamento: recoñecía os dereitos fundamentais da persoa como

inviolables (artigo 1), confería a potestade lexislativa en exclusiva á representación popular (artigo 2) e prevía un sistema electoral inspirado en principios democráticos e de representación proporcional.

Unha vez aprobada a Lei para a reforma política, diversas normas fixeron posible o exercicio das liberdades de reunión, asociación, sindicación e folga, e o Real decreto lei do 18 de marzo de 1977 regulou o procedemento para a elección das Cortes, que se levou a efecto o 15 de xuño de 1977, nas primeiras eleccións libres desde febreiro de 1936. O decreto lei do 8 de febreiro de 1977 liberalizaba a inscrición dos partidos no rexistro, pero subsistía o artigo 172.5 do Código penal, que tipificaba como ilícitas as asociacións «que, sometidas a unha disciplina internacional, se propoñan implantar un réxime totalitario». Esta redacción, perfectamente intencionada, impedía a legalización do Partido Comunista, ben que o Goberno, temendo a súa capacidade de mobilización popular, permitiu finalmente a súa participación nas eleccións.

Unha vez constituídas as Cortes resultantes tras as eleccións do 15 de xuño de 1977, a Comisión de Asuntos Constitucionais e Liberdades Públicas do Congreso dos Deputados nomeou unha ponencia de sete deputados, que elaborou un anteproxecto de Constitución. Este foi discutido na comisión citada e, posteriormente, discutido e aprobado polo Congreso dos Deputados. Acto seguido, procedeuse ao exame do texto do Congreso por parte da Comisión Constitucional do Senado e do Pleno do mesmo órgano. A discrepancia entre o texto aprobado polo Congreso e o aprobado polo Senado fixo necesaria a intervención dunha Comisión Mixta Congreso-Senado, que elaborou un texto definitivo. Este foi votado e aprobado polas dúas cámaras. Unha vez sometido a referendo, foi ratificado o día 6 de decembro de 1978 (87,87 % de votos afirmativos, cun 67,11% de participación), sancionado o día 27 do mesmo mes polo rei e publicado no BOE o 29 de decembro de 1978.

Entre outras características que se atribúen á nosa Constitución, sinalamos a continuación algunhas das que máis habitualmente se utilizan para definila:

a) Define un novo réxime político

Non por evidente debe deixar de sinalarse que, fronte ao réxime autoritario previo, establece un réxime coincidente co democrático parlamentario clásico ou de democracia

occidental.

Xunto a isto, debuxa un modelo territorial baseado no recoñecemento do dereito á autonomía das nacionalidades e rexións (artigo 2 CE).

b) É unha Constitución monárquica:

Consagrado o carácter democrático do Estado, recoñécese a monarquía parlamentaria como forma de goberno no artigo 1.3 CE.

c) É unha Constitución “de consenso”:

Responde ao que De Otto chamou o «imperio do compromiso» e, seguramente, é a súa característica máis transcendente. A experiencia histórica levou aos constituíntes de 1977-78 a tratar de evitar a aprobación dunha «Constitución de partido», buscando, polo contrario, que o novo texto fundamental recollese principios aceptables por todas as forzas políticas.

Non obstante, esa vocación de consenso veu en certo modo imposta polas circunstancias, entre outras, pola parella distribución de forzas entre o eixe centro-dereita e o centro-esquerda que resultou no seo das Cortes constituíntes. Ademais, como sinala Maravall, a política de compromisos estaba ditada pola fragilidade democrática: sufríase o golpe da crise económica, do terrorismo de ETA e do GRAPO, da violencia da extrema dereita e do temor continuo dunha involución.

De entre as consecuencias derivadas do consenso constitucional con relación ao contido da Constitución, cabe destacar tres, que afectan directamente a súa estrutura:

1. A amplitude das materias obxecto de regulación constitucional. Poucos aspectos da vida social quedan sen algunha regulación —aínda que sexa sumaria— por parte do texto constitucional. Relacionada dun modo evidente con este trazo encóntrase a extensión do texto constitucional, só superada polo texto de 1812. Estrutúrase nun preámbulo, un título preliminar e dez títulos, con 169 artigos, 4 disposicións adicionais, 9 disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e unha disposición derradeira.
2. A diversa precisión e intensidade da regulación constitucional das diferentes materias sobre as que a Constitución versa. Respecto a aquelas institucións ou dereitos sobre os que existía maior acordo, foi posible efectuar unha regulación máis detallada; noutras

materias, non obstante, as normas constitucionais reducíronse a aqueles aspectos sobre os que era posible unha coincidencia de opinións, deixando que o lexislador, posteriormente, completase o tratamento xurídico da cuestión de que se tratase. Por isto son abundantes as remisións ao lexislador no texto constitucional, que en moitos casos se limita a regular aspectos básicos ou esenciais.

3. A presenza, en moitos preceptos constitucionais, de fórmulas que precisan unha integración e interpretación detallada para achar o seu verdadeiro sentido. En materias obxecto de especial e, ás veces, áspera confrontación, sobre as que era difícil chegar a un acordo básico, pero cuxa presenza no texto constitucional era ineludible, os constituíntes preferiron utilizar fórmulas que non reflectisen explicitamente unha das alternativas presentes. No seu lugar, empregáronse fórmulas técnicas necesitadas dunha interpretación.

Sen dúbida, as anteriores consecuencias conectan co que se deu en chamar *carácter polivalente da Constitución*. A ambigüidade e polivalencia do texto constitucional foi deliberadamente buscada polo constituínte para facilitar políticas distintas sen necesidade de bordealo nin forzar a súa interpretación.

Isto non significa que a Constitución non conteña declaracións de determinados obxectivos como valiosos e prevexa, por tanto, a súa consecución polos poderes públicos: tal sería o caso de moitos dos preceptos do capítulo III do título I. Pero debe terse en conta que tales preceptos, que conteñen normas con forza vinculante, están formulados cun nivel de xeneralidade que permite unha ampla pluralidade de opcións para a consecución ou defensa dos obxectivos alí previstos.

d) O carácter normativo:

É unha Constitución que se configura como unha auténtica norma xurídica, con forza de obrigar en todos os seus preceptos. A diferenza de noso constitucionalismo histórico en que, salvo a parte orgánica, as declaracións das Constitucións se entendían como simples declaracións retóricas ou de intencións, sen forza vinculante, a nosa Constitución configúrase como unha verdadeira norma xurídica para cidadáns e poderes públicos. Así resulta do artigo 9.1 CE, ao sinalar que «os cidadáns e os poderes públicos están suxeitos á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico»; do artigo 53.1 CE, ao dispor que «os

dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo segundo do título I vinculan os poderes públicos», e do establecemento no título IX da CE dun sistema de control de constitucionalidade das leis reservado ao TC, pero no que tamén participan, ex artigo 163 CE, os xuíces e tribunais ordinarios.

Esta pretensión de vinculación xurídica maniféstase ademais na introdución, por primeira vez na nosa historia constitucional, dunha cláusula derogatoria de notable amplitude, que se refire, non xa só á regulación fundamental das institucións, que se ve directamente substituída pola nova regulación constitucional, senón, de forma xeral, a «cantas disposicións se opoñan á presente Constitución». Esta derogación supón, pois, un efecto directo da Constitución, inmediatamente derivado da súa entrada en vigor, invocable polos cidadáns e de forzosa aplicación por Administración e tribunais. A Constitución insírese por tanto, con forza propia, no ordenamento xurídico, sen necesidade de que os seus preceptos sexan desenvolvidos polo lexislador (López Guerra).

e) Natureza garantista

É unha Constitución garantista, tanto no recoñecemento dos dereitos fundamentais como no ámbito da súa protección xudicial. Destaca neste sentido o artigo 53.2 CE, ao establecer que «calquera cidadán poderá solicitar a tutela dos dereitos e liberdades recoñecidos no artigo 14 e a sección 1ª do capítulo 2º do título I da Constitución ante os tribunais ordinarios mediante un procedemento baseado nos principios de preferencia e sumariedade e, se for o caso, mediante o recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional”.

f) Rixidez

É unha Constitución ríxida, en canto se establecen procedementos de reforma cualificados respecto dos da lexislación ordinaria. Porén, non todos os preceptos do texto fundamental teñen, como veremos, o mesmo grao de rixidez, xa que para determinados ámbitos se prevé un procedemento agravado no artigo 168 CE.

g) Forte influencia do constitucionalismo europeo:

Podemos, seguindo a Torres del Moral, destacar as seguintes influencias:

1. A constitución alemá influíu preferentemente na definición do Estado como social e democrático de dereito do artigo 1.1 CE; nas doses de iusnaturalismo presente tanto no dito precepto como en todo o título I, especialmente no artigo 10.1 CE, e acaso máis acentuadamente no modelo de responsabilidade política do Goberno ante as Cortes, presidido pola institución da moción de censura construtiva (artigo 113 CE).
2. A Constitución italiana pode verse reflectida na organización territorial dun Estado rexional á que tampouco foi allea a da nosa Segunda República; tamén na regulación da relación entre lei e regulamento, no modelo de xustiza constitucional e na creación do Consello Xeral do Poder Xudicial. Xunto a isto, a doutrina acostuma sinalar a semellanza do noso artigo 9.2 CE co artigo 3.2 italiano, referentes ambos á función promotora dos poderes públicos en prol da plenitude e efectividade da liberdade, da igualdade e da participación.
3. Como é obvio, o constituínte tivo moi presentes as constitucións das monarquías democráticas para regular a Coroa, peza fundamental do sistema político español.
4. Finalmente, en materia de dereitos e liberdades non é nada sorprendente encontrar preceptos de factura moi similar ou case idéntica aos doutras Constitucións ou do Convenio Europeo de Dereitos Humanos ou dos pactos internacionais de dereitos civís e políticos e de dereitos económicos, sociais e culturais.

h) Unha Constitución equilibrada

A CE articula unha división de poderes segundo os esquemas da forma de goberno parlamentaria: neste aspecto a CE límitase a incorporar os mecanismos do parlamentarismo racionalizado establecido nas Constitucións da Europa occidental posteriores a 1945, sobre todo a alemá. O esquema complétase con varios mecanismos de «*checks and balances*», polos que unhas ramas do poder deben interferir lexitimamente na actuación das outras, e co establecemento de órganos como o Consello de Estado, o Defensor do Pobo ou o Tribunal de Contas, que tratan de aumentar os controis e equilibrar o sistema.

OS VALORES SUPERIORES

Os valores superiores do ordenamento xurídico recóllense no artigo 1.1 CE, que dispón:

«España constitúese nun Estado social e democrático de dereito, que propugna como valores superiores do seu ordenamento xurídico a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político». Subliñouse a correlación entre os valores superiores coas notas definitorias do Estado; así, o principio democrático co valor pluralismo político, o principio Estado de dereito co valor liberdade e, igualmente, o principio Estado social co valor igualdade (Parejo).

Ben que o réxime de valores e principios se concibe xeralmente de forma similar, ambos conceptos, non obstante, non se poden identificar plenamente. En primeiro lugar, porque nos principios hai un maior grao de concreción que nos valores, ben que a abstracción e xeneralidade destes últimos non é tampouco homoxénea (Parejo). E, en segundo lugar, porque principios e valores se relacionan entre si como conceptos diferentes e á vez complementarios: os principios constitucionais poden considerarse como os instrumentos normativos fundamentais para a realización dos valores superiores do ordenamento (Leguina).

Os valores son un referente esencial no proceso de produción, interpretación e aplicación do dereito. Son eles os que definen as orientacións básicas ás cales o ordenamento debe dirixirse: a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo. Así pois, o ordenamento xurídico non é un conxunto xustaposto de normas, senón un conxunto sistemático cuns referentes concretos, isto é, os valores superiores constitucionalmente establecidos. Pola súa vez, estes valores están orientados á afirmación da dignidade humana, segundo recolle o artigo 10.1 CE, en canto fundamento da orde política e da paz social (Peces Barba).

Os valores superiores teñen, en canto que preceptos constitucionais, carácter normativo. Non obstante, isto non debe inducir a pensar que os operadores xurídicos poderían ampararse neles para alterar o sistema de fontes. Os valores exprésanse a través da Constitución e do sistema de fontes, pero non poden ser utilizados para subvertilo. Así por exemplo, os xuíces e maxistrados non se poden desvincular do seu sometemento á lei sobre a base da súa propia interpretación do valor xustiza ou do valor liberdade. Se existen dúbidas sobre o acomodo da lei á Constitución, o que procede é acudir ao Tribunal Constitucional mediante a presentación dunha cuestión de inconstitucionalidade. En

definitiva, os valores superiores realízanse a través do ordenamento, non contra o ordenamento.

A liberdade

O valor liberdade ten dúas grandes dimensións (Peces-Barba):

a) Unha dimensión organizativa:

Desde esta perspectiva, a liberdade é raíz ou causa dunha serie de exixencias que se despregan ao longo do texto da CE:

1. A soberanía popular.
2. A elección dos gobernantes por sufraxio universal.
3. A separación de poderes.
4. O recoñecemento e a protección dos dereitos fundamentais.

b) Unha dimensión con relación ao «status» das persoas, onde o valor liberdade se realiza desde varias perspectivas:

1. En primeiro lugar, desde a liberdade-autonomía, é dicir, desde a creación de condicións xurídicas para que a persoa teña un ámbito de actuación social, sen interferencias doutras persoas, dos grupos sociais ou do Estado (artigos 16, 17, 19 CE).
2. En segundo lugar, desde a liberdade-participación, isto é, favorecendo a intervención das persoas na organización do poder e na fixación dos criterios xerais da gobernación do Estado (artigos 22, 23, 28 CE).
3. En terceiro lugar, desde a liberdade-prestación, de maneira que o Estado ten a obrigaón de realizar condutas positivas para facilitar a liberdade (artigo 9.2 CE).

A xustiza

A xustiza non é un valor claramente identificable, de contornos perfectamente delimitados. Por isto, os distintos esforzos por descifrar o seu contido terminaron por remitir a outros valores. Así, Kelsen identifica xustiza cos contidos de liberdade do sistema democrático e, na mesma dirección, Peces-Barba sostén que a xustiza como valor superior non engade

nada á liberdade e á igualdade.

Quizá por isto non é de estrañar que o Tribunal Constitucional eludise a aplicación directa deste valor excepto no seu ámbito máis estrito, isto é, o relativo á Administración de xustiza; ou ben que o reconducise a algún principio constitucional, tal e como fai na STC 66/1990, do 5 de abril, cando sinala que «no reproche de arbitrariedade (artigo 9.3 CE) debe incluírse, así mesmo, o relativo á lesión do valor “xustiza”, que consagra o artigo 1 da Norma fundamental» (F.X. 6º).

A igualdade

A colocación da igualdade, como valor superior, xunto coa liberdade non deixa de ser significativa. A nosa Constitución opta por entender que ambos os valores, lonxe de seren contrapostos, deben ser necesariamente conxugados de forma conxunta. É sabido que tras a revolución liberal e, no ámbito económico-social, tras a revolución industrial, a liberdade sublimouse até facela, na práctica, incompatible co valor da igualdade; ao menos da igualdade substancial, que é diferenciábel da igualdade formal, que só parecía interesar a algúns dos primeiros liberais.

O obxectivo da igualdade non pode ser perseguido en detrimento do tamén valor superior da liberdade. Ésta é a fórmula de equilibrio que asume todo o constitucionalismo europeo contemporáneo e que fai súa a nosa Constitución de 1978. Igualdade sen liberdade é unha fórmula de convivencia incompatible co Estado social e democrático de dereito.

A CE consagra o principio de igualdade en diversos preceptos. Así, o artigo 1.1 confire á igualdade o carácter de valor superior do ordenamento xurídico. Pola súa parte, o artigo 9.2 CE (igualdade substancial) dispón que «corresponde aos poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social». E o artigo 14 CE (igualdade formal) proclama que «os españois son iguais ante a lei, sen que poida prevalecer discriminación ningunha por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social».

Segundo Peces-Barba, a igualdade presenta diversas dimensións:

a) De xeneralidade:

Supón que todos os cidadáns son destinatarios das mesmas normas e todos están sometidos ás mesmas institucións e tribunais.

b) De equiparación:

A equiparación supón un trato igual de circunstancias ou de situacións non idénticas. Considérase que en determinados casos tal diferenza non é relevante para xustificar un distinto desfrute ou exercicio de determinados dereitos, ou para a aplicación dunha distinta regulamentación normativa. Segundo a CE non son relevantes para xustificar unha normativa xurídica distinta «o nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social» (artigo 14 CE).

c) De diferenciación:

A diferenciación pode ser expresión do valor igualdade ante a lei. Lexislar supón diferenciar as distintas posicións xurídicas resultantes do tráfico xurídico. En ocasións prodúcese unha diferenciación no trato con base na existencia de determinadas condicións relevantes. Entre os criterios que permiten esta diferenciación podemos citar a cidadanía, a estranxeiría, o mérito e a capacidade, a riqueza respecto ao trato fiscal das persoas etc.

d) Identidade de procedemento:

É dicir, a existencia dun mesmo procedemento para todos con independencia das persoas ou dos intereses en xogo en cada caso.

O pluralismo político

O seu reflexo máis evidente no texto constitucional encóntrase no seu artigo 6, que establece: «Os partidos políticos expresan o pluralismo político, concorren á formación e manifestación da vontade popular e son instrumento fundamental para a participación política. A súa creación e o exercicio da súa actividade son libres dentro do respecto á Constitución e á lei. A súa estrutura interna e o eu funcionamento deberán ser democráticos».

Non obstante, na CE tamén se alude ao pluralismo desde outros puntos de vista:

1. Ao pluralismo social: de aí os preceptos que atribúen un papel fundamental aos

sindicatos e asociacións empresariais nas relacións laborais (artigos 7, 28 e 37).

2. Ao pluralismo social con carácter xeral alude o artigo 9.2 CE cando se refire ao individuo e aos grupos en que se integra.
3. Ao pluralismo territorial, cando recoñece o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións (artigo 2 CE).
4. Ao pluralismo lingüístico refírese o artigo 3 CE. Igualmente, o pluralismo simbólico é recoñecido no artigo 4 CE. Ambos —o pluralismo lingüístico e o simbólico— son, pola súa vez, derivacións da configuración do Estado autonómico.
5. Ao pluralismo ideolóxico e relixioso (artigo 16 CE).
6. Ao pluralismo recoñecido no exercicio da liberdade de expresión, xa que se garante o acceso aos medios de comunicación social dependentes do Estado «aos grupos sociais e políticos significativos, respectando o pluralismo da sociedade e das diversas linguas de España» (artigo 20.3 CE).
7. Ao pluralismo asociativo (artigo 22 CE).

O Tribunal Constitucional asumiu como función propia «fixar os límites dentro dos cales poden presentarse lexitimamente as distintas opcións políticas pois, en termos xerais, resulta claro que a existencia dunha soa opción é a negación do pluralismo» (STC 4/1981, do 2 de febreiro).

OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

Os principios xerais manifestan o sentido e a finalidade mesma do ordenamento e destaca o seu aspecto relacional interno e a súa conexión coa comunidade que regula. Os principios xerais do dereito desenvolveron no noso ordenamento unha tripla función (De Castro):

1. Fundamento do ordenamento xurídico.
2. Criterios orientadores do labor interpretativo.
3. Fonte supletoria para o caso de insuficiencia de lei e costume.

O título preliminar do Código civil dispón no seu artigo 1.1 que «as fontes do ordenamento xurídico español son a lei, o costume e os principios xerais do dereito», e no 1.4 establece

que «os principios xerais do dereito aplicaranse en defecto de lei ou costume, sen prexuízo do seu carácter informador do ordenamento xurídico».

Esa función é tamén atribuíble aos principios constitucionais. Porén, a proclamación constitucional de principios ten unha indubidable repercusión no tratamento desta fonte do dereito. Os principios carecían normalmente dunha estrutura formal expresa e, á parte do seu carácter informador do ordenamento xurídico e integrador de deficiencias normativas, establecían a súa relación con respecto ás demais fontes do dereito sobre a base do principio de subsidiariedade: só se aplicaban en defecto de lei e costume.

A proclamación constitucional de principios xerais provoca unha dualidade de principios no noso ordenamento (Díez-Picazo). Dun lado, os principios xerais do Dereito na súa acepción tradicional, que se someten ao réxime establecido no Código civil. Doutro, os principios constitucionais, que desenvolven a súa eficacia como tales normas de rango constitucional e aos cales, en consecuencia, deben someterse tanto o lexislador como os principios xerais na súa versión clásica, é dicir, os derivados do sistema legal.

Aínda que se trata de normas xurídicas, os principios constitucionais teñen unha estrutura normativa diferente ao resto das normas do sistema xurídico. Trátase de normas que non regulan directamente unha materia, senón que establecen orientacións xerais que deben seguirse en todos os casos que se poidan producir (Zagrebelsky). Así pois, os principios constitucionais non proporcionan por si mesmos unha decisión para o caso concreto, senón que proporcionan criterios respecto da aplicación do resto das normas (Leguina).

Isto non quere dicir que os principios constitucionais non poidan desenvolver a súa función supletoria. Fronte ao resto das normas, o principio é unha norma necesitada de concreción. A actividade de concreción dos principios constitucionais debe ser realizada, sobre todo, polo lexislador. Non obstante, isto non impide que o aplicador do dereito poida acometer ese mesmo labor cando o desenvolvemento do principio conduza a resultados obrigados en canto á determinación da regra que se debe aplicar, de modo que a actividade do órgano xudicial estaría o suficientemente delimitada pola normativa vixente como para evitar unha suplantación da función lexislativa (Zagrebelsky).

A doutrina emprega con frecuencia a expresión «principios constitucionais» para facer referencia aos principios do artigo 9.3 CE: «A Constitución garante o principio de

legalidade, a xerarquía normativa, a publicidade das normas, a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais, a seguridade xurídica, a responsabilidade e a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos».

Como apuntou a STC do 20 de xullo de 1981, estes principios constitucionais non son compartimentos estancos, senón que cada un deles cobra valor en función dos demais e en canto sirvan para promover os valores superiores do ordenamento xurídico.

Estes principios inspíranse nunha tradición moi arraigada nos ordenamentos liberais que, en último termo, revela unha preocupación garantista, pois con estes principios o que se pretende en boa medida é garantir a situación xurídica dos cidadáns fronte aos poderes públicos. Pero ademais, como precisou o TC, estes principios son tamén mandatos dirixidos aos poderes públicos e a súa infracción pode dar lugar a un recurso ou cuestión de inconstitucionalidade.

Procedamos a continuación co exame de cada un destes principios:

1. O principio de legalidade tradúcese xuridicamente na primacía da lei en canto expresión da vontade popular, como se lembra no preámbulo da Constitución. Todos os poderes públicos se encontran suxeitos á CE e á lei, como establece o artigo 9.1 CE. Expresión específica deste principio é a submisión á lei da actividade administrativa que proclama o artigo 103 CE.
2. O principio de xerarquía que, xunto co principio de competencia e procedemento, regula as relacións dentro dun sistema normativo. O contido material deste principio, como sinala Santamaría Pastor, ten dúas vertentes:
 - a) unha positiva, a norma superior pode derrogar ou modificar validamente a inferior, salvo que se ache protexida polos principios de competencia ou procedemento,
 - b) outra negativa, que se reduce á nulidade da norma inferior que contradí os preceptos da superior; así, son nulas as leis que contradigan a CE e tamén o son os regulamentos que vulneren o previsto nas leis e, desde logo, na CE.
3. O principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos. A arbitrariedade na actuación da Administración equivale á súa non adecuación á legalidade, trátase dunha

actividade regrada ou discrecional; en cambio, a arbitrariedade do lexislativo é posible, como apuntou o TC, cando se viola un precepto constitucional ou cando o acto lexislativo xera desigualdade. Para evitar esta posible arbitrariedade dos poderes públicos, a CE introduce un importante mecanismo revisor a través dos tribunais ordinarios e do TC.

4. O principio de responsabilidade dos poderes públicos. Os poderes públicos están obrigados a suxeitar a súa actuación ao ordenamento xurídico e estalles vedada a arbitrariedade; en consecuencia, unha actuación inadecuada neste sentido xera responsabilidade. A mesma CE recolleu en distintos preceptos manifestacións singulares deste principio: é o caso do artigo 106.2 CE, respecto á responsabilidade polas lesións patrimoniais como consecuencia do funcionamento dos servizos públicos, ou do artigo 121, relativo aos danos causados por erro xudicial ou funcionamento anormal da Administración de xustiza.
5. O principio de seguridade xurídica. Principio de grande alcance, pois non en balde o TC o configurou como a suma da certeza, legalidade, xerarquía, publicidade normativa, prohibición da irretroactividade non favorable e interdicción da arbitrariedade. Agora ben, esta seguridade xurídica, entendida como confianza que poden ter os cidadáns na observancia e no respecto de situacións xurídicas derivadas de normas válidas e vixentes, tampouco é un valor absoluto, pois o contrario daría lugar a unha conxelación do ordenamento xurídico que debe responder á realidade de cada momento. E así declarou o TC que, ben que este principio vincula o lexislador de igual modo que o resto dos poderes públicos, non pode invocarse para reivindicar dereitos adquiridos.
6. O principio de publicidade, requisito ineludible da seguridade xurídica, impónse necesariamente xa que se o dereito non fose público non habería pauta certa de conduta e os cidadáns non poderían coñecer as consecuencias dos seus actos. Este principio ten tamén unha importante manifestación no artigo 120.1 CE, ao sinalar que «as actuacións xudiciais serán públicas, coas excepcións que prevexan as leis de procedemento».
7. O principio de irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais. Con isto, o principio de irretroactividade recoñecido

con carácter xeral no artigo 2.3 CC prevese expresamente na Constitución para dous tipos de normas:

- a) Respecto das disposicións sancionadoras non favorables, cuxo ámbito é o chamado dereito sancionador, tanto o dereito penal como o dereito administrativo sancionador, constitucionalizándose así un precepto clásico do dereito penal. Deste principio constitucional deduciu o TC, cunha interpretación *contrario sensu*, que a CE garante tamén a retroactividade da lei penal favorable.
- b) Respecto das disposicións restritivas de dereitos individuais, formulouse qué se debía entender por «dereitos individuais». Nun primeiro momento o TC sostivo, na súa Sentenza do 20 de xullo de 1981, que por «dereitos individuais» non se debía entender «dereitos adquiridos», senón os dereitos fundamentais do título I da CE. Finalmente, o TC equiparou os «dereitos individuais» do artigo 9.3 CE aos dereitos fundamentais e liberdades públicas da sección 1.^a, do capítulo 2.^o do título I da CE. Desta forma, o principio do Estado social que proclama o artigo 1.1 da Constitución pode despregar sen obstáculos todas as súas potencialidades transformadoras.

A distinción entre principios constitucionais e normas programáticas non admite unha liña divisoria clara. No entanto, existen diferenzas entre ambos os tipos de normas. Mentres os principios, que actúan en relación coa coherencia interna do ordenamento xurídico, atenden á forma en que se desenvolve a acción normativa, as normas programáticas refírense aos fins político-sociais do ordenamento e, por tanto, á finalidade da acción normativa (Zagrebelsky). Podería dicirse, pois, que os principios se refiren en maior medida ao modo en que se exerce a actividade normativa, mentres que as normas programáticas se refiren aos fins que deben perseguirse a través desa actividade normativa.

O ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DEREITO

O Estado social de dereito

Esta fórmula abre o articulado da Constitución, xa que son as primeiras palabras do parágrafo primeiro do artigo 1 as que a recollen solemnemente: «España constitúese nun Estado social e democrático de dereito [...]» (artigo 1.1 CE).

A fórmula ten a súa orixe no constitucionalismo alemán occidental posterior á Segunda Guerra Mundial, e foi utilizada por primeira vez nas constitucións dalgúns *Länder* e logo consolidada coa súa incorporación á Lei fundamental de Bonn. Non obstante, continúa sendo unha fórmula constitucional non demasiado estendida entre os países do noso ámbito histórico e cultural, xa que son poucas as Constitucións posteriores á Lei fundamental de Bonn que a incorporaron.

Ambos os conceptos —Estado social e Estado democrático— están estreitamente relacionados. De feito, o Estado social caracteriza o Estado democrático posterior á Primeira Guerra Mundial respecto ao Estado liberal que se estendeu ao longo do século XIX. Ben que o Estado constitucional foi desde as súas orixes un Estado representativo, o certo é que desde a súa aparición a finais do século XVIII e a súa expansión ao longo de practicamente todo o século XIX se configurou como un poder representativo de só unha parte da sociedade xa que, substancialmente a través do voto censitario pero tamén por medio da manipulación electoral, a maioría da poboación quedaba excluída do proceso político.

Esta situación comeza a variar a partir do último terzo do século XIX coa incorporación ao proceso político da clase obreira, a aparición dos partidos de masas e a progresiva extensión do sufraxio. O Estado experimenta unha transformación radical, de modo que o Estado liberal do XIX devén nun Estado basicamente provedor de servizos sociais que adquirirá carta de natureza sobre todo a partir da Segunda Guerra Mundial. O Estado social é, en definitiva, unha consecuencia do proceso de democratización do Estado. O Estado democrático conduce inevitablemente ao Estado social, xa que deberá atender ás demandas de toda a sociedade e non soamente ás dunha parte dela.

Acuñaada a fórmula Estado social, esta suscitou unha polémica doutrinal entre os que defendían unha interpretación expansiva que permitiría, segundo ela, a introdución de modificacións no modelo económico capitalista ou mesmo a súa transformación (Abendroth), e os que, polo contrario, negaban o carácter de norma xurídica á fórmula Estado social, pois, segundo esta interpretación, a cláusula Estado social non debía ter encaixe constitucional senón que debía ser operativa unicamente no ámbito lexislativo e administrativo (Forsthoff). A doutrina maioritaria, porén, defendería unha postura

intermedia en virtude da cal se defendía o carácter xurídico da fórmula Estado social, pero descartábase a súa utilización como mecanismo habilitante para modificar ou alterar substancialmente o modelo de produción capitalista (Stern). Con esta última interpretación identificárase o constituínte español de 1978 ao compatibilizar a recepción da fórmula Estado social coa garantía do modelo económico realmente existente, pero sen descoidar ao mesmo tempo o carácter de provedor de bens sociais do Estado.

Así se deduce do propio preámbulo da CE ao proclamar a vontade da Nación española de «garantir a convivencia democrática conforme unha orde económica e social xusta», ou a de «promover o progreso da cultura e da economía para garantir a todos unha digna calidade de vida».

Pero ademais, a fórmula Estado social proxéctase ao seu articulado. Así, o artigo 9.2 CE dispón: «Corresponde aos poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social». O artigo 33.2 CE contén, ademais, unha referencia á «función social» dos dereitos de propiedade privada e herdanza que «delimitará o seu contido».

Pola súa vez, o capítulo III, «Dos principios reitores da política social e económica», do título I CE, recolle unha serie de normas sociais (López Guerra) en que se recoñece unha serie de dereitos económicos e sociais dirixidos a garantir un mínimo nivel asistencial de todos os cidadáns e, especialmente, de determinados sectores sociais.

O título VII, «Economía e facenda», consagra a intervención pública na actividade económica. En particular, os artigos 128 e 131 CE conteñen referencias á subordinación de toda a riqueza, calquera que sexa a súa titularidade, ao interese xeral, e prevé, mesmo mediante lei, o recurso á planificación da actividade económica.

Todo isto constitúe o que se deu en chamar a «Constitución económica», concepto elaborado pola doutrina alemá no período da República de Weimar, concibida como o «conxunto de normas básicas destinadas a proporcionar o marco xurídico fundamental para a estrutura e o funcionamento da actividade económica ou, dito doutro modo, para a orde e o proceso económico» (García Pelayo).

A fórmula Estado social foi utilizada polo Tribunal Constitucional como criterio interpretativo para fundamentar algunha das súas decisións. Convén destacar entre elas a xustificación da posición «preferente» que ocupa na CE o dereito de folga fronte ao dereito a tomar medidas de conflito colectivo por parte dos empresarios (STC 11/1981); a afirmación da irreversibilidade das conquistas sociais xa conseguidas (STC 81/1982); ou a xustificación dalgunhas desigualdades contidas no dereito laboral respecto de empresarios e traballadores, favorables a estes últimos (SSTC 3 e 14/1983).

O Estado democrático de dereito

O Estado democrático de dereito constitúe a culminación dunha longa evolución histórica que se inicia coa aparición do Estado constitucional. É un concepto que se foi perfilando ao longo do tempo, de maneira que o resultado final é a suma dos distintos elementos que se foron incorporando nas sucesivas fases da «loita polo Estado de dereito» (Lucas Verdú).

Este proceso evolutivo pódese secuenciar en tres etapas distintas:

1. Nas orixes do Estado constitucional, a loita polo Estado de dereito non vai dirixida a delimitar a orixe última da vontade do Estado senón, máis modestamente, a limitar o poder do Estado mediante a súa suxeición a principios xurídicos racionais. Por isto é fundamental neste período a reclamación de que toda intervención na liberdade e na propiedade dos cidadáns debe ser decidida mediante lei e que a dita lei debe ser aprobada conxuntamente polo monarca e o Parlamento.
2. Nesta segunda fase non se presenta aínda a plena democratización do Estado de dereito, senón que a loita polo Estado de dereito móvese aínda nas marxes exclusivamente do control ou da limitación do poder do Estado. No entanto, non se trata agora unicamente de articular mecanismos que permitan a participación da sociedade na elaboración da lei e prever procedementos de elaboración desta que garantan a súa racionalidade e, dese modo, o control do poder rexio, senón de estender o control xurídico ao ámbito da acción cotiá da Administración pública. O específico do Estado de dereito neste período é a loita contra as «inmunidades do poder» (García de Enterría), é dicir, dotar os cidadáns de instrumentos de protección fronte á actividade administrativa. Como consecuencia disto esténdese o control

xudicial á actividade administrativa, o que provocará un gran debate na segunda metade do século XIX, e desembocará finalmente no xurdimento dunha xurisdición especializada: a xurisdición contencioso-administrativa.

3. A terceira e última fase iníciase co constitucionalismo democrático posterior á Primeira Guerra Mundial. Aquí, o problema crucial do Estado de dereito pasa pola lexitimación democrática do poder do Estado. Así pois, o determinante a partir deste momento é a lexitimación democrática do poder, pois sen ela non se pode falar en sentido estrito de Estado de dereito. En definitiva, Estado democrático e Estado de dereito convértense en elementos indisolubles, de modo que un Estado que non sexa democrático non é tampouco un Estado de dereito, independentemente de que se manteñan algúns dos elementos característicos do Estado de dereito das etapas anteriores. Así entendido, o Estado democrático de dereito constitúe o fundamento do noso texto constitucional, de maneira que a inmensa maioría do articulado da CE ten que ser considerado como normativa de desenvolvemento deste principio xeral.

Non obstante, hai toda unha serie de manifestacións ou presupostos do Estado democrático particularmente relevantes ou evidentes ao longo do texto constitucional:

- a) A proclamación da soberanía popular (artigo 1.2 CE).
- b) O pluralismo político e social: o principio democrático como concepción plural da sociedade vén xa recollido no preámbulo, ao proclamar a vontade da Nación española de «protexer todos os españois e pobos de España no exercicio dos dereitos humanos, as súas culturas e tradicións, linguas e institucións». Pero esta concepción plural da sociedade transcende tamén o articulado: o artigo. 1.1 CE recoñece como valor superior do ordenamento xurídico o pluralismo político; o artigo 6 CE constitucionaliza os partidos políticos e o artigo 7 CE fai o propio cos sindicatos de traballadores e as asociacións empresariais.
- c) O recoñecemento da participación dos cidadáns nas súas diversas manifestacións. A democracia como participación é consecuencia obrigada da atribución ao pobo español da soberanía, conforme o artigo 1.2 CE: se os poderes do Estado emanan do pobo, o proceso político debe asentarse na participación dos cidadáns. Neste sentido, establece o artigo 23 CE que «os cidadáns teñen dereito a participar nos asuntos públicos,

directamente ou por medio de representantes, libremente elixidos en eleccións periódicas por sufraxio universal». Igualmente, a nosa CE previu como institución de democracia directa o concello aberto do artigo 140 CE e, como institucións de democracia semidirecta, a iniciativa lexislativa popular (artigo 87.3 CE); o referendo, coas súas distintas modalidades: referendo constitucional, tanto na súa modalidade obrigatoria como facultativa, o referendo consultivo e os referendos autonómicos, tanto de iniciativa autonómica como de aprobación e reforma dos estatutos; o dereito de petición do artigo 77 CE; no ámbito xudicial, a acción popular e o xurado conforme o artigo 125 CE; ou, no ámbito administrativo, as modalidades de participación do artigo 105 CE. Ademais, o propio artigo 9.2 CE sinala que corresponde aos poderes públicos facilitar a participación dos cidadáns na vida política, económica, social e cultural.

A REFORMA CONSTITUCIONAL

O fin que se persegue coa reforma constitucional é institucionalizar o poder constituínte co obxectivo de poder modificar como norma xurídica a Constitución en vigor. A Constitución española previu dous procedementos de reforma: un denominado de «reforma» e outro de «revisión».

Tanto no procedemento de reforma como no de revisión hai que distinguir a fase de tramitación parlamentaria e a de participación directa do corpo electoral. Pola súa vez, na fase parlamentaria convén distinguir, como en calquera procedemento lexislativo, dous momentos: o da iniciativa, por un lado, e o da deliberación e aprobación, por outro.

Iniciativa da reforma e da revisión

O artigo 166 da CE, que regula a iniciativa da reforma en xeral —reforma e revisión—, remite ao artigo 87.1 e 2 CE, que regula a iniciativa lexislativa no procedemento lexislativo ordinario. A remisión exclúe o número 3 do artigo 87 da CE, de maneira que queda expresamente excluída para a reforma da Constitución a iniciativa lexislativa popular prevista no artigo 87.3 CE.

Así pois, son titulares do dereito de iniciativa da reforma constitucional o Goberno, o Congreso e o Senado, e as asembleas lexislativas das comunidades autónomas.

A única diferenza respecto ao procedemento lexislativo ordinario neste punto é a que

introduciron os regulamentos do Congreso dos Deputados e do Senado. No primeiro, mentres que para a iniciativa lexislativa ordinaria se exige a presentación da proposición de lei por un deputado coa sinatura doutros catorce ou por un grupo parlamentario coa soa sinatura do seu portavoz (artigo 126.1 Regulamento do Congreso), para a iniciativa da reforma establécese que «deberá ir subscrita por dous grupos parlamentarios ou por unha quinta parte dos deputados» (artigo 146.1 Regulamento do Congreso). No Senado, a iniciativa lexislativa ordinaria atribúese a un grupo parlamentario ou vinte e cinco senadores (artigo 108 Regulamento do Senado), e a de reforma da Constitución, en cambio, a cincuenta senadores que non pertencen ao mesmo grupo parlamentario (artigo 152 Regulamento do Senado).

O artigo 169 CE establece límites ao exercicio da iniciativa de reforma constitucional: «Non poderá iniciarse a reforma constitucional en tempo de guerra ou de vixencia dalgún dos estados previstos no artigo 116 [estados de alarma, excepción e sitio]».

Fase de deliberación e aprobación parlamentaria

Reforma constitucional

Está regulado no artigo 167 CE:

«1. Os proxectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por unha maioría de tres quintos de cada unha das cámaras. Se non hai acordo entre ambas as dúas, intentarase obtelo mediante a creación dunha comisión de composición paritaria de deputados e senadores, que presentará un texto que será votado polo Congreso e o Senado».

Así pois, se ambas as cámaras aproban unha iniciativa de reforma nos mesmos termos por maioría de tres quintos, o texto da reforma tería superado o trámite parlamentario. En cambio, se non houberse acordo entre ambas, é dicir, se Congreso e Senado aprobasen a iniciativa de reforma por maioría de tres quintos pero non nos mesmos termos, intentarase obter o dito acordo mediante a creación dunha Comisión mixta paritaria Congreso-Senado. Aínda que a Constitución non determina expresamente a maioría exixida para aprobar o texto proposto por esta Comisión, parece claro que a maioría exixida será de tres quintos de cada cámara.

En caso de que o proxecto de reforma non fose aprobado seguindo unha das dúas variantes anteriores —aprobación do mesmo texto por ambas as cámaras ou aprobación por ambas as cámaras do texto consensuado na Comisión mixta paritaria—, entraría en xogo a previsión do número segundo do artigo 167: «De non lograrse a aprobación mediante o procedemento do número anterior, e sempre que o texto obtivese o voto favorable da maioría absoluta do Senado, o Congreso, por maioría de dous terzos, poderá aprobar a reforma».

De todo isto dedúcese que hai dous procedementos de reforma: un, en que as dúas cámaras están en posición de igualdade, e outro, no que se dá unha certa primacía ao Congreso dos Deputados sobre o Senado.

Revisión constitucional

Este procedemento deberá seguirse cando se propoña un cambio de Constitución, é dicir, unha reforma total dela, ou para a reforma das decisións políticas fundamentais (título preliminar), os dereitos fundamentais e liberdades públicas (sección 1.^a do capítulo II do título I) e para a Coroa (título II) (artigo 168.1 CE).

No caso de que ese sexa o obxecto da reforma «procederase á aprobación do principio por maioría de dous terzos de cada cámara, e á disolución inmediata das Cortes» (artigo 168.1 CE). Do teor literal deste precepto parece desprenderse que as cámaras non se pronunciarían nesta fase do procedemento sobre un determinado texto articulado, senón unicamente sobre a conveniencia ou oportunidade da revisión constitucional.

Tras a constitución das novas cámaras elixidas, estas «deberán ratificar a decisión e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deberá ser aprobado por maioría de dous terzos de ambas as cámaras» (artigo 168.2 CE). Non se especifica por cal maioría as novas cámaras deberán ratificar a decisión da lexislatura precedente de proceder a unha revisión constitucional e, por tanto, habería que interpretar que bastaría a maioría simple.

En definitiva, a revisión exige a aprobación por dúas lexislaturas distintas e establece unha posición de paridade absoluta entre o Congreso e o Senado.

Ratificación mediante referendo

O constituínte español previu a ratificación a través de referendo tanto da reforma como

da revisión, pero en termos distintos para unha e outra:

1. O referendo de ratificación da reforma da Constitución non é un referendo obrigatorio, senón que é un referendo facultativo. Unicamente terá que celebrarse se no prazo dos quince días seguintes á súa aprobación así o solicita a décima parte dos membros de calquera de ambas as cámaras (artigo 167.3 CE).
2. O referendo de ratificación da revisión constitucional é, en cambio, un referendo obrigatorio, segundo reza o artigo 168.3 CE: «Aprobada a reforma polas Cortes Xerais, será sometida a referendo para a súa ratificación».

Unha vez aprobada a reforma ou revisión, o texto da Constitución reformada ou da nova Constitución pasa á fase chamada de integración da eficacia da norma, que consiste na sanción polo xefe do Estado, a promulgación e a publicación no *Boletín Oficial del Estado*.

A estas previsións constitucionais respecto á reforma constitucional deben engadirse as contidas na Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, reformada en 2004. Dispón ao respecto a lei orgánica que a Comisión de Estudos do Consello de Estado elaborará as propostas de reforma constitucional que o Goberno encomende ao Consello de Estado e someteraas ao Pleno, que se pronunciará sobre elas por maioría simple. En todo caso, na elaboración destas propostas de reforma constitucional por encargo do Goberno, o Consello de Estado atenderá aos obxectivos, criterios e límites da reforma sinalados polo Goberno, e poderá facer tamén as observacións que considere pertinentes acerca deles. Ademais, o artigo 21 da lei prevé que o Consello de Estado en pleno deberá ser consultado de forma preceptiva (e non vinculante) nos asuntos de «anteproxectos de reforma constitucional, cando a proposta non fose elaborada polo propio Consello de Estado».

O noso texto constitucional coñeceu dúas reformas constitucionais. A primeira, a reforma obrigada do artigo 13.2 CE (BOE núm. 207, do 28 de agosto de 1992) para adecuar a Constitución ao Tratado de Maastricht de 1992, que recoñecía aos cidadáns comunitarios o dereito de sufraxio pasivo nas eleccións municipais. A segunda, a reforma do artigo 135 CE (BOE núm. 233, do 27 de setembro de 2011) co fin de constitucionalizar o principio de estabilidade orzamentaria e vincular dese modo todas as administracións públicas na súa consecución. Esta reforma foi complementada pola Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de

estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, avalada pola Sentenza 215/2014, do Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA:

ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., e DOEHRING, K.: *El Estado social*, Madrid, 1986. ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.ª ed., 2008. ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., e RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I y II*, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 2007, vol. II, 4.ª ed., 2008. ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.ª ed., 2009. BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., e REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999. BLANCO VALDÉS, R.: *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 2006. ESTEBAN, J. DE, e GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.ª ed., 2001, vol. II, 1.ª ed., 2004, vol. III, 1.ª ed., 2000. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, 1995. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978», *RDPol*, 71-72 (2008). GARCÍA PELAYO, M.: «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.ª ed., Madrid, 1985. GARRORENA MORALES, A.: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984. JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *RDPol*, 7 (1980). Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed., de 1960; versión española, UNAM, México, 1981. LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, n.º 114, 1987. LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P., e SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007. LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.ª ed. (4.ª reimpr.), 1992, vol. 2, 3.ª ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.ª ed. (rev. e ampl.), vol. 4, 2.ª ed. (rev. e ampl.), 1984. LUCAS VERDÚ, P., e LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.ª ed., 1994. MARAVALL HERRERO, J. M.: *La política de la transición*, Tauros, Madrid, 1984. ORZA LINARES, R. M.: *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Granada, 2003. OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.ª ed., 1988. PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, CEURA, Madrid, 1990. PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; «Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución», *REDC*, 69 (2003) TORRES DEL MORAL, A:

Principios de Derecho Constitucional Español, 2 vols., Madrid, 5.ª ed., 2004. VEGA GARCÍA, P. de:
La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, 1985. ZAGREBELSKY,
G.: *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1988.

VICENTE A. SANJURJO RIVO

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 3

**DEREITOS E LIBERDADES. DEREITOS
FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS.
DEREITOS E DEBERES DOS CIDADÁNS.**

TEMA 3. DEREITOS E LIBERDADES. DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS. DEREITOS E DEBERES DOS CIDADÁNS.

ÍNDICE

1. Dereitos e liberdades.

1.1. O título primeiro da Constitución como declaración de dereitos.

1.2. O concepto de dereitos fundamentais.

2. Dereitos fundamentais e liberdades públicas.

2.1. Dereito á vida e á integridade física e moral.

2.2. Liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto.

2.3. Dereito á liberdade e á seguridade.

2.4. Dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.

2.5. Dereito á liberdade de expresión, nas súas diferentes modalidades.

2.6. Dereito de reunión pacífica e sen armas.

2.7. Dereito de asociación.

2.8. Dereito a participar nos asuntos públicos.

2.9. Dereito a obter a tutela efectiva dos xuíces e tribunais.

2.10. Dereito a non ser condenado ou sancionado por accións ou omisións non reguladas na lei no momento de se producir.

2.11. Dereito á xurisdición ordinaria.

2.12. Dereito á educación.

2.13. Dereito á sindicación.

2.14. Dereito de petición individual e colectiva.

3. Dereitos e deberes dos cidadáns.

3.1. Dereito e o deber de defender España.

3.2. Deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos.

3.3. Dereito a contraer matrimonio.

3.4. Dereito á propiedade.

3.5. Dereito de fundación.

3.6. Deber e dereito ao traballo.

3.7. Colexios profesionais democráticos.

3.8. Dereito á negociación colectiva laboral e a adoptar medidas de conflito colectivo.

3.9. Liberdade de empresa.

1. DEREITOS E LIBERDADES.

1.1. O título primeiro da Constitución como declaración de dereitos.

A Constitución posúe no título primeiro, dedicado aos «dereitos e deberes fundamentais», un dos piares básicos da definición do Estado como «social e democrático de dereito» (artigo 1 da CE). Este título primeiro representa, pois, a declaración de dereitos do ordenamento español por canto nel, seguindo a tradición constitucional, se enumeran os dereitos fundamentais. Estes toman a súa denominación de «fundamentais» da importancia que posúen dentro do ordenamento como elemento material básico para configurar o sistema xurídico e político.

Coherentemente coas funcións que cumpren as declaracións de dereitos, os dereitos fundamentais recoñecidos polo título primeiro posúen unha dobre natureza. Por unha banda, teñen unha finalidade que se denominou «axiolóxica» xa que, seguindo palabras do Tribunal Constitucional, «son elementos esenciais dun ordenamento obxectivo da

comunidade nacional, en canto que esta se configura como marco dunha convivencia humana xusta e pacífica plasmada historicamente no Estado de dereito e, máis tarde, no Estado social de dereito ou o Estado social e democrático de dereito, segundo a fórmula da nosa Constitución» (STC 25/81, caso lexislación antiterrorista I). Os dereitos fundamentais, desde esta perspectiva, posúen unha natureza obxectiva como elemento que define a estrutura política e xurídica do Estado.

Xunto coa anterior dimensión dos dereitos fundamentais, estes poden ser observados desde unha segunda perspectiva: desde a dimensión do individuo. Seguindo tamén palabras do Tribunal Constitucional, desde este punto de vista, os dereitos fundamentais «son dereitos subxectivos, dereitos dos individuos non só en canto dereitos dos cidadáns en sentido estrito, senón en canto garanten un *status* xurídico ou a liberdade nun ámbito de existencia» (STC 25/81, xa citada).

A dimensión obxectiva, ou axiolóxica, e a subxectiva, ou individual, dos dereitos fundamentais débense ter constantemente presentes á hora de entender e interpretar a realidade político-constitucional, tanto pola súa íntima interdependencia como por esa característica consistente en ser elemento estrutural do Estado social e democrático de dereito.

1.2. O concepto de dereitos fundamentais

Aínda que a denominación do título primeiro da CE sexa a de «Dereitos e deberes fundamentais», o contido desta parte da Norma Fundamental é máis complexo que o simple enunciado ou elenco de dereitos e deberes. O título primeiro divídese en cinco capítulos, presididos, pola súa vez, polo artigo 10 da CE. Este precepto actúa como «pórtico» introdutorio de todo o título e nel salientase o carácter básico do individuo, da súa dignidade como tal e dos seus dereitos para a orde política; así mesmo, no ordinal segundo establécense determinadas regras verbo da interpretación dos dereitos fundamentais.

– O capítulo primeiro «Dos españois e os estranxeiros» regula as condicións de exercicio dos dereitos fundamentais, ben que algunhas desas condicións representan en si mesmas

dereitos.

- O capítulo segundo «Dereitos e liberdades» é a epígrafe en que se sitúa a auténtica declaración de dereitos, que se divide pola súa vez en dúas seccións precedidas do recoñecemento do principio de igualdade ante a lei (artigo 14). A primeira desas seccións denomínase «Dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas» (artigos 15-29); a segunda titúlase «Dos dereitos e deberes dos cidadáns» (artigos 30-38).
- O capítulo terceiro «Principios reitores da política social e económica», como a súa propia denominación indica, non recoñece propiamente dereitos subxectivos senón principios reitores que deben presidir a acción dos poderes públicos.
- O capítulo cuarto está dedicado a regular as garantías que permiten asegurar a plena efectividade dos dereitos constitucionais.
- O capítulo quinto, por último, establece as bases da regulación da suspensión dos dereitos fundamentais durante situacións excepcionais ou de crise.

A denominación «dereitos fundamentais» pode resultar equívoca xa que se usa nun dobre sentido. Nun sentido amplo, e menos preciso tecnicamente, o termo «dereitos fundamentais» pode incluír todas as normas materiais do título primeiro que dan rango constitucional a un determinado ben xurídico; desde esta perspectiva, os tres primeiros capítulos do título primeiro recoñecen dereitos fundamentais.

Nun segundo sentido, máis estrito e máis correcto tecnicamente «dereitos fundamentais» non son todos os do título primeiro. Dito doutra maneira, non todos os dereitos constitucionais son auténticos dereitos fundamentais. Esta última denominación tende a reservarse para algúns dereitos constitucionais que a Norma Fundamental considerou como núcleo central do *status* xurídico do individuo. En sentido estrito, pois, só os dereitos consagrados nos artigos 14 a 29 da CE son auténticos dereitos fundamentais, o que se manifesta na especial rixidez exixida para a súa reforma (artigo 168.1 da CE), no sistema reforzado de garantía para eles previsto (artigo 53.2 da CE) e nas garantías normativas impostas ao seu desenvolvemento (artigo 82 e seguintes da CE).

Non obstante, para amplos sectores doutrinais a cualificación de «fundamentais» tamén é aplicable aos dereitos incluídos na sección segunda do capítulo II (artigos 30-38); a cuestión ten un carácter basicamente nominalista sempre e cando se teña presente que o *status* xurídico dos dereitos recoñecidos na sección primeira está moito máis reforzado que o dos da sección segunda, aínda que, obviamente, gozan de todas as características derivadas da súa localización constitucional. Polo que respecta ao capítulo primeiro, como se indicou previamente, nel non se regulan propiamente dereitos, senón condicións para o exercicio destes; non obstante, tamén se sinalou que, xunto con esas condicións de exercicio de dereitos fundamentais, se recoñecen auténticos dereitos subxectivos que, en canto tales, posúen rango constitucional (dereito de asilo, por exemplo).

Por último, como tamén se sinalou, o capítulo terceiro non recoñece auténticos dereitos subxectivos senón soamente principios reitores. Dito doutra maneira, os «principios reitores» non outorgan por si sós facultades que poida exercer o individuo; trátase sinxelamente de normas dirixidas ao poder público, sen dimensión subxectiva autónoma.

En resumo, só os dereitos recoñecidos nos artigos 14 a 29 da CE se poden cualificar en sentido estrito de dereitos fundamentais, aínda que esta terminoloxía se aplique, en ocasións, tamén a todo o capítulo segundo e, mesmo, de forma tecnicamente incorrecta, a todo o título primeiro.

Agora ben, e por outra parte, hai que ter presente que non todos os contidos dos citados preceptos comprenden dereitos fundamentais. Xunto co recoñecemento das facultades subxectivas do individuo, existen normas que non recoñecen propiamente dereitos fundamentais, establecendo regras complementarias á regulación destes: mandatos ao lexislador (artigo 20.3 da CE), normas finalistas (artigo 25.2 da CE), garantías institucionais (artigo 27.10 da CE), etc.

Esta pluralidade de contidos do título primeiro da CE responde á súa condición de peza esencial da parte dogmática da Constitución; en canto instrumento de definición dos principios máis importantes da orde política e xurídica, trata conxuntamente distintas institucións; pero, desde o punto de vista formal, só aqueles preceptos que recoñecen auténticas situacións subxectivas exixibles fronte a outros suxeitos de dereito e

considerados como tales pola Constitución son verdadeiros dereitos fundamentais.

2. DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS.

Como se veu dicindo, os dereitos fundamentais e liberdades públicas son o *nomen iuris* da sección primeira do capítulo II «Dereitos e liberdades» do título I «Dos dereitos e deberes fundamentais» da CE.

Procédese, a continuación, á enumeración dos ditos dereitos, regulados nos artigos 15 ao 29 da CE (transcríbense os preceptos), sen prexuízo de que a materia se poida completar co réxime das garantías destes dereitos, que é obxecto do tema seguinte:

2.1. Dereito á vida e á integridade física e moral.

Artigo 15. 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. Queda abolida a pena de morte, salvo o que poidan dispor as leis penais militares para tempos de guerra.

2.2. Liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto.

Artigo 16.1. Garántense a liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto dos individuos e das comunidades sen máis limitación, nas súas manifestacións, que a necesaria para o mantemento da orde pública protexida pola lei.

2. Ninguén poderá ser obrigado a declarar sobre a súa ideoloxía, relixión ou crenzas.

3. Ningunha confesión terá carácter estatal. Os poderes públicos terán en conta as crenzas relixiosas da sociedade española e manterán as conseguíntes relacións de cooperación coa Igrexa católica e coas demais confesións.

2.3. Dereito á liberdade e á seguridade.

Artigo 17.1. Toda persoa ten dereito á liberdade e á seguridade. Ninguén pode ser privado da súa liberdade, senón coa observancia do establecido neste artigo e nos casos e na forma previstos na lei.

2. A detención preventiva non poderá durar máis do tempo estritamente necesario para a realización das pescudas tendentes ao esclarecemento dos feitos e, en todo caso, no prazo máximo de setenta e dúas horas o detido deberá ser posto en liberdade ou á disposición da autoridade xudicial.

3. Toda persoa detida debe ser informada de forma inmediata, e de modo que lle sexa comprensible, dos seus dereitos e das razóns da súa detención, e non poderá ser obrigada a declarar. Garántese a asistencia de avogado ao detido nas dilixencias policiais e xudiciais, nos termos que a lei estableza.

4. A lei regulará un procedemento de *habeas corpus* para producir a inmediata posta á disposición xudicial de toda persoa detida ilegalmente. Así mesmo, mediante a lei determinarase o prazo máximo de duración da prisión provisional.

2.4. Dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.

Artigo 18.1. Garántese o dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe.

2. O domicilio é inviolable. Non se poderá facer ningunha entrada ou rexistro nel sen consentimento do titular ou resolución xudicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Garántese o segredo das comunicacións e, en especial, das postais, telegráficas e telefónicas, salvo resolución xudicial.

4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade persoal e familiar dos cidadáns e o pleno exercicio dos seus dereitos.

Artigo 19.

Os españois teñen dereito a elixir libremente a súa residencia e a circular polo territorio nacional.

Así mesmo, teñen dereito a entrar e saír libremente de España nos termos que a lei estableza. Este dereito non poderá ser limitado por motivos políticos ou ideolóxicos.

2.5. Dereito á liberdade de expresión, nas súas diferentes modalidades.

Artigo 20.1. Recoñécense e protéxense os dereitos:

1. A expresar e difundir libremente os pensamentos, ideas e opinións mediante a palabra, o escrito ou calquera outro medio de reprodución.

2. Á produción e creación literaria, artística, científica e técnica.

3. Á liberdade de cátedra.

4. A comunicar ou recibir libremente información veraz por calquera medio de difusión. A lei regulará o dereito á cláusula de conciencia e ao segredo profesional no exercicio destas liberdades.

2. O exercicio destes dereitos non se pode restrinxir mediante ningún tipo de censura previa.

3. A lei regulará a organización e o control parlamentario dos medios de comunicación social dependentes do Estado ou de calquera ente público e garantirá o acceso aos ditos medios dos grupos sociais e políticos significativos, respectando o pluralismo da sociedade e das diversas linguas de España.

4. Estas liberdades teñen o seu límite no respecto aos dereitos recoñecidos neste título, nos preceptos das leis que o desenvolven e, especialmente, no dereito á honra, á intimidade, á propia imaxe e á protección da mocidade e da infancia.

5. Só se poderá acordar o secuestro de publicacións, gravacións e outros medios de información en virtude de resolución xudicial.

2.6. Dereito de reunión pacífica e sen armas.

Artigo 21.1. Recoñécese o dereito de reunión pacífica e sen armas. O exercicio deste dereito non necesitará autorización previa.

2. Nos casos de reunións en lugares de tránsito público e manifestacións daráselle comunicación previa á autoridade, que só poderá prohibilas cando existan razóns fundadas

de alteración da orde pública, con perigo para persoas ou bens.

2.7. Dereito de asociación.

Artigo 22.1. Recoñécese o dereito de asociación.

2. As asociacións que persigan fins ou utilicen medios tipificados como delito son ilegais.

3. As asociacións constituídas ao abeiro deste artigo deberanse inscribir nun rexistro só para os efectos de publicidade.

4. As asociacións só poderán ser disoltas ou suspendidas nas súas actividades en virtude de resolución xudicial motivada.

5. Prohíbense as asociacións secretas e as de carácter paramilitar.

2.8. Dereito a participar nos asuntos públicos.

Artigo 23.1. Os cidadáns teñen o dereito a participar nos asuntos públicos directamente ou por medio de representantes, libremente elixidos en eleccións periódicas por sufraxio universal.

2. Así mesmo, teñen dereito a acceder en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, cos requisitos que sinalen as leis.

2.9. Dereito a obter a tutela efectiva dos xuíces e tribunais.

Artigo 24.1. Todas as persoas teñen dereito a obter a tutela efectiva dos xuíces e tribunais no exercicio dos seus dereitos e intereses lexítimos sen que, en ningún caso, se poida producir indefensión.

2. Así mesmo, todos teñen dereito ao xuíz ordinario predeterminado pola lei, á defensa e á asistencia de letrado, a seren informados da acusación formulada contra eles, a un proceso público sen dilacións indebidas e con todas as garantías, a utilizaren os medios de proba pertinentes para a súa defensa, a non declararen contra si mesmos, a non se confesaren culpables e á presunción de inocencia.

A lei regulará os casos en que, por razón de parentesco ou de segredo profesional, non se estará obrigado a declarar sobre feitos presuntamente delituosos.

2.10. Dereito a non ser condenado ou sancionado por accións ou omisións non reguladas na lei no momento de se producir.

Este dereito constitúe tamén un principio esencial no dereito punitivo, que é o principio de reserva de lei en materia de infraccións e sancións, tanto na orde penal como na administrativa.

Artigo 25.1. Ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de se producir non constitúan delito, falta ou infracción administrativa, segundo a lexislación vixente naquel momento.

2. As penas privativas de liberdade e as medidas de seguridade estarán orientadas cara á reeducación e reinserción social e non poderán consistir en traballos forzados. O condenado a pena de prisión que estiver cumprindo esta gozará dos dereitos fundamentais deste capítulo, coa excepción dos que se vexan expresamente limitados polo contido da resolución condenatoria, o sentido da pena e a lei penitenciaria. En todo caso, terá dereito a un traballo remunerado e aos beneficios correspondentes da Seguridade Social, así como ao acceso á cultura e ao desenvolvemento integral da súa personalidade.

3. A Administración civil non poderá impor sancións que, directa ou subsidiariamente, impliquen privación de liberdade.

2.11. Dereito á xurisdición ordinaria.

O artigo 26 prohibe os tribunais de honra no ámbito da Administración civil e das organizacións profesionais. *Sensu contrario*, esta prohibición configúrase como un dereito á xurisdición ordinaria.

2.12. Dereito á educación.

Artigo 27.1. Todos teñen o dereito á educación. Recoñécese a liberdade de ensino.

2. A educación terá por obxecto o pleno desenvolvemento da personalidade humana no

respecto aos principios democráticos de convivencia e aos dereitos e liberdades fundamentais.

3. Os poderes públicos garanten o dereito que asiste os pais para que os seus fillos reciban a formación relixiosa e moral que estea de acordo coas súas propias conviccións.

4. O ensino básico é obrigatorio e gratuíto.

5. Os poderes públicos garanten o dereito de todos á educación, mediante unha programación xeral do ensino, con participación efectiva de todos os sectores afectados e a creación de centros docentes.

6. Recoñéceselles ás persoas físicas e xurídicas a liberdade de creación de centros docentes, dentro do respecto aos principios constitucionais.

7. Os profesores, os pais e, de ser o caso, os alumnos intervirán no control e xestión de todos os centros sostidos pola Administración con fondos públicos, nos termos que a lei estableza.

8. Os poderes públicos inspeccionarán e homologarán o sistema educativo para garantir o cumprimento das leis.

9. Os poderes públicos axudarán os centros docentes que reúnan os requisitos que a lei estableza.

10. Recoñécese a autonomía das universidades nos termos que a lei estableza.

2.13. Dereito á sindicación.

Artigo 28.1. Todos teñen dereito a se sindicaren libremente. A lei poderá limitar ou exceptuar o exercicio deste dereito ás forzas ou institutos armados ou aos demais corpos sometidos a disciplina militar e regulará as peculiaridades do seu exercicio para os funcionarios públicos. A liberdade sindical comprende o dereito a fundar sindicatos e a afiliarse ao da súa elección, así como o dereito dos sindicatos a formar confederacións e a fundar organizacións sindicais internacionais ou afiliarse a elas. Ninguén poderá ser obrigado a afiliarse a un sindicato.

2. Recoñécese o dereito á folga dos traballadores para a defensa dos seus intereses. A lei que regule o exercicio deste dereito establecerá as garantías precisas para asegurar o mantemento dos servizos esenciais da comunidade.

2.14. Dereito de petición individual e colectiva.

Artigo 29.1. Todos os españois terán o dereito de petición individual e colectiva por escrito, na forma e cos efectos que determine a lei.

2. Os membros das forzas ou institutos armados ou dos corpos sometidos a disciplina militar poderán exercer este dereito só individualmente e conforme o disposto na súa lexislación específica.

3. DEREITOS E DEBERES DOS CIDADÁNS.

A sección II do capítulo II do título I regula os dereitos e deberes dos cidadáns, obxecto desta epígrafe. Esta materia pódese completar co réxime das garantías constitucionais destes dereitos, que é obxecto do tema seguinte.

3.1. Dereito e deber de defender España.

Artigo 30.1. Os españois teñen o dereito e o deber de defender España.

2. A lei fixará as obrigas militares dos españois e regulará, coas debidas garantías, a obxección de conciencia, así como as demais causas de exención do servizo militar obrigatorio, e poderá impor, de ser o caso, unha prestación social substitutoria.

3. Poderase establecer un servizo civil para o cumprimento de fins de interese xeral.

4. Mediante lei poderanse regular os deberes dos cidadáns nos casos de grave risco, catástrofe ou calamidade pública.

3.2. Deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos.

Artigo 31.1. Todos contribuirán ao sostemento dos gastos públicos de acordo coa súa capacidade económica, mediante un sistema tributario xusto inspirado nos principios de igualdade e progresividade que, en ningún caso, terá alcance confiscatorio.

2. O gasto público realizará unha asignación equitativa dos recursos públicos e a súa programación e execución responderán aos criterios de eficiencia e economía.

3. Só se poderán establecer prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público conforme a lei.

3.3. Dereito a contraer matrimonio.

Artigo 32.1. O home e a muller teñen dereito a contraer matrimonio con plena igualdade xurídica.

2. A lei regulará as formas de matrimonio, a idade e capacidade para contraelo, os dereitos e deberes dos cónxuxes, as causas de separación e disolución e os seus efectos.

3.4. Dereito á propiedade.

Artigo 33.1. Recoñécese o dereito á propiedade privada e á herdanza.

2. A función social destes dereitos delimitará o seu contido, de acordo coas leis.

3. Ninguén poderá ser privado dos seus bens e dereitos senón por causa xustificada de utilidade pública ou interese social, mediante a correspondente indemnización e de conformidade co disposto polas leis.

3.5. Dereito de fundación.

Artigo 34.1. Recoñécese o dereito de fundación para fins de interese xeral, conforme a lei.

2. Rexerá tamén para as fundacións o disposto nos números 2 e 4 do artigo 22.

3.6. Deber e dereito ao traballo.

Artigo 35.1. Todos os españois teñen o deber de traballar e o dereito ao traballo, á libre elección de profesión ou oficio, á promoción a través do traballo e a unha remuneración suficiente para satisfacer as súas necesidades e as da súa familia, sen que en ningún caso se poida facer discriminación por razón de sexo.

2. A lei regulará un estatuto dos traballadores.

3.7. Colexios profesionais democráticos.

Artigo 36. A lei regulará as peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais e o exercicio das profesións tituladas. A estrutura interna e o funcionamento dos colexios deberán ser democráticos.

3.8. Dereito á negociación colectiva laboral e a adoptar medidas de conflito colectivo.

Artigo 37.1. A lei garantirá o dereito á negociación colectiva laboral entre os representantes dos traballadores e empresarios, así como a forza vinculante dos convenios.

2. Recoñécese o dereito dos traballadores e empresarios a adoptaren medidas de conflito colectivo. A lei que regule o exercicio deste dereito, sen prexuízo das limitacións que poida establecer, incluírá as garantías precisas para asegurar o funcionamento dos servizos esenciais da comunidade.

3.9. Liberdade de empresa.

Artigo 38. Recoñécese a liberdade de empresa no marco da economía de mercado. Os poderes públicos garanten e protexen o seu exercicio e a defensa da produtividade, de acordo coas exixencias da economía xeral e, de ser o caso, da planificación.

BIBLIOGRAFÍA

García Morillo (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volumes, editorial Tecnos.

CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Dir), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer (Las Rozas) Madrid, 2008.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

TEMA 4

GARANTÍAS E TUTELA DOS DEREITOS E LIBERDADES. A SÚA SUSPENSIÓN. PRINCIPIOS REITORES DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÓMICA

TEMA 4. GARANTÍAS E TUTELA DOS DEREITOS E LIBERDADES. A SÚA SUSPENSIÓN. PRINCIPIOS REITORES DA POLÍTICA SOCIAL E ECONÓMICA

ÍNDICE

1. Garantías dos dereitos e liberdades.
 - 1.1 A aplicación directa dos dereitos fundamentais.
 - 1.2 A reserva de lei.
 - 1.3 O contido esencial dos dereitos fundamentais.
 - 1.4 O Defensor do Pobo.
2. A tutela dos dereitos e liberdades.
 - 2.1 A protección xudicial dos dereitos fundamentais.
 - 2.2 O amparo constitucional.
 - 2.3 A protección internacional.
3. A súa suspensión.
4. Principios reitores da política social e económica.

1. GARANTÍAS DOS DEREITOS E LIBERDADES

1.1. A aplicación directa dos dereitos fundamentais

O primeiro mecanismo de garantía é a especial natureza xurídica dos dereitos fundamentais ou, máis en concreto, dos artigos recollidos no capítulo 2º do título I da CE. Estes preceptos son, no seu propio teor constitucional, directamente aplicables, con independencia de que exista ou non norma de rango inferior á Constitución que os desenvolva. A directa aplicabilidade dos artigos que nos ocupan deriva da propia Constitución, tal como recolle o artigo 53.1, sen necesidade de ningunha mediación legislativa dos preceptos constitucionais a que se refire.

Esta aplicabilidade directa é o que permitiu que diversos dereitos fundamentais (p.e. o de asociación) que, durante un período relativamente longo, estiveron regulados ou mesmo están na actualidade por leis preconstitucionais, sexan exercidos de conformidade cos mandatos constitucionais. En efecto, a directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais opera de forma combinada coa disposición derogatoria da CE, en forma tal que soluciona

os problemas presentados pola situación que nalgúns casos se dá en que a ausencia de desenvolvemento lexislativo posconstitucional coincide coa existencia de normas preconstitucionais reguladoras dun dereito fundamental.

En tales casos, o carácter prevalente da Constitución e a directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais, conxugados coa disposición derogatoria, producen que decaia a vixencia das normas preconstitucionais que se opoñan na Constitución. Desta forma os dereitos fundamentais recoñecidos na Constitución cobran plena eficacia aínda cando non fosen obxecto de desenvolvemento lexislativo e, incluso, aínda que existan normas anteriores á Constitución e contraditorias con ela.

1.2. A reserva de lei.

a) En xeral, ademais da directa aplicabilidade, a Constitución dota os dereitos fundamentais dun segundo elemento de garantía que se recolle no artigo 53.1. A teor deste precepto, a Constitución exige que a regulación do exercicio dos dereitos fundamentais se realice, forzosamente, por lei. Con iso, impídese que outro órgano que non sexa o lexislativo proceda á regulación —e, eventualmente, á restrición— das condicións de exercicio dos dereitos fundamentais.

b) A reserva de lei orgánica.

Esta reserva de lei prevista no artigo 53.1 da CE é xenérica e afecta todos os dereitos recoñecidos no capítulo 2º do título I da CE. No entanto, a reserva de lei xenérica concrétase, reforzándose, en relación coas liberdades públicas recoñecidas na sección 1ª do propio capítulo 2º. En efecto, se todos os dereitos recollidos no capítulo 2º non se poden regular senón por lei, só os regulados nos artigos 14 ao 29 da norma fundamental, , e soamente eles, poden ser desenvolvidos mediante lei orgánica (STC 116/1999, caso de técnicas de reprodución asistida). Con iso introdúcese unha garantía adicional do desenvolvemento lexislativo das liberdades públicas ao exixirse para iso unha maioría cualificada. Como lóxico corolario de todo iso, o artigo 86.1 da CE impide que os decretos leis afecten os dereitos e as liberdades recoñecidos no título I. Vétase, con iso, a posibilidade de que o executivo poida, por si só, aprobar normas que regulen as condicións de exercicio dos dereitos fundamentais.

En síntese, o resultado de todo este complexo garantista é que os dereitos dos cidadáns só poden ser regulados por lei formal e as liberdades públicas só poden ser obxecto de desenvolvemento lexislativo mediante unha lei orgánica.

c) O alcance da reserva de lei orgánica.

O que a Constitución pretende é que se desenvolvan por lei orgánica os elementos básicos que configuran o exercicio do dereito fundamental de que se trate. Dito noutros termos, o que se persegue é que as condicións do exercicio dos dereitos fundamentais sexan reguladas mediante unha lei orgánica.

Por outro lado, a marxe de actuación das leis orgánicas está tamén limitada. O que a Constitución pretende coa reserva de lei orgánica non é outra cousa que asegurar que determinadas materias, que se consideran singularmente relevantes, revistan unha especial rixidez formal, de maneira que a regulación da dita materia —ou a modificación ou derogación desta— precise dunha maioría cualificada. Dito con outras palabras, o que se persegue é protexer a normación desa materia de eventuais modificacións sucesivas en virtude da alternancia de maiorías parlamentarias coxunturais. Así, outórgase á regulación destas materias unha rixidez formal superior á das leis ordinarias.

Pero a rixidez formal vai acompañada dunha limitación material, en prevención de que un abuso da lexislación orgánica produza unha elevada do ordenamento e bloquee a posterior actuación do lexislador. Por iso, a utilización da lei orgánica está tamén circunscrita ás materias obxecto da reserva de lei orgánica. Como sinalou o Tribunal Constitucional (STC 5/1981, caso LOECE): «se é certo que existen materias reservadas á lei orgánica, tamén é que as leis orgánicas están reservadas a estas materias».

1.3. O contido esencial dos dereitos fundamentais.

a) Concepto:

Así pois, só por lei se poden regular os dereitos recoñecidos no capítulo 2º do título I e esa lei debe ser orgánica se desenvolve as liberdades públicas recoñecidas nos artigos 15 ao 29 da CE. Pero nin sequera o lexislador, nin aínda o lexislador orgánico, pode regular con absoluta discrecionalidade os dereitos fundamentais. Non cabe un desenvolvemento lexislativo dos dereitos fundamentais que restrinja o seu contido ou as condicións do seu exercicio por debaixo do nivel constitucionalmente previsto.

En efecto, a Constitución impón ao lexislador, no nº 1 do artigo 53, a obrigaón de «respectar o contido esencial» dos dereitos fundamentais, obrigaón que constitúe unha garantía adicional á reserva de lei. Mediante esta, atribúese ao poder lexislativo, en exclusiva, a potestade de normativizar o desenvolvemento dos dereitos e liberdades, pero, ademais, ao obrigalo a respectar o contido esencial de tales dereitos e liberdades, imposibilitase que o desenvolvemento lexislativo baleire de contido material os preceptos constitucionais. Desta maneira, evítase o perigo de que o recoñecemento constitucional dos dereitos fundamentais sexa puramente formal e dótanse os ditos preceptos dun contido material intanxible.

A obrigaón de respectar o contido esencial dos dereitos e liberdades impón, en realidade, un límite ao lexislador: este pode, e aínda debe, desenvolver lexislativamente os preceptos constitucionais, pero non pode facelo de tal forma que o recoñecemento constitucional se torne inoperante.

b) Delimitación:

Faise preciso, pois, en cada caso, determinar se a actuación do lexislador invalidou o núcleo intanxible do dereito e conculcou o seu contido esencial ou se limitou a modular o seu exercicio dentro da marxe de actuación de que dispón.

A noción do contido esencial dos dereitos fundamentais é, pois, predominantemente casuística: haberá que ter en conta o concreto desenvolvemento de cada dereito constitucionalmente recoñecido para determinar se o dito desenvolvemento respecta ou non o contido esencial deste.

Así, o contido esencial destes dereitos son aqueles trazos que os integran nesas nocións xeralmente asumidas. Desta sorte, se un determinado dereito non reúne no seu desenvolvemento lexislativo eses trazos que o identifican como pertencente á noción xeralmente asumida, vulnérase o seu contido esencial. Este, polo tanto, estaría constituído polo conxunto de trazos que permiten recoñecer un dereito como pertencente ao tipo, á idea ou á categoría xeralmente asumida deste.

Un segundo criterio para determinar o contido esencial do dereito sería o de localizar aqueles intereses cuxa protección se persegue co recoñecemento do dereito. Seguindo esta vía, sería preciso, para determinar se se respecta o contido esencial do dereito,

dilucidar se os intereses que este pretende protexer e resgardar están efectiva, real e concretamente protexidos polo desenvolvemento lexislativo do dereito.

Como sinalou o Tribunal Constitucional (STC 11/81, caso Decreto lei sobre a folga) ambos os criterios de determinación do contido esencial dun dereito non son antitéticos nin alternativos, senón complementarios.

1.4. O Defensor do Pobo.

a) Concepto:

A institución do Defensor do Pobo está recollida no artigo 54 da CE, no que se crea esta figura como alto comisionado das Cortes Xerais, designado por estas para a defensa dos dereitos comprendidos no título I, para cuxo efecto pode supervisar a actividade da Administración. A Constitución remítese a unha lei orgánica para a regulación do instituto, mandato cuberto coa LO 3/81, do 6 de abril, do Defensor do Pobo (LODP).

En relación cos dereitos fundamentais, pode o Defensor do Pobo interpoñer recursos de inconstitucionalidade e de amparo, o que foi interpretado de forma ampla polo Tribunal Constitucional.

2. A tutela xurisdiccional dos dereitos e liberdades.

2.1. A protección xudicial dos dereitos fundamentais.

A protección xudicial dos dereitos fundamentais arranca do artigo 53.2 da CE. Tal precepto dispón que, xunto co recurso de amparo residenciable ante o Tribunal Constitucional como agora veremos, deben existir procesos xudiciais residenciables nos órganos xurisdiccionais integrados no poder xudicial, coas notas de preferentes e sumarios.

Como regra xeral, non existe un xuíz especial dos dereitos fundamentais senón que as leis procesuais estableceron procedementos específicos que se seguirán naquelas accións en que se denuncian dereitos fundamentais. Así, todas as leis procesuais xerais teñen previsións neste sentido, de forma que a vía que se vai seguir dependerá exclusivamente da materia da que se trate segundo as regras xerais de repartición entre as distintas ordes xurisdiccionais, o que, pola súa vez, vén marcado pola natureza do acto obxecto de impugnación.

Do exposto dedúcese, pois, que a protección de dereitos a través da xurisdición ordinaria prevista no artigo 53.2 da CE se desenvolveu de maneira sectorial, dentro das distintas ordes xurisdicionais, con, a maiores, algúns mecanismos procesuais específicos que serven para protexer certos dereitos fundamentais, mecanismos específicos que se xustifican polas particularidades dos actos que poden xerar a lesión deses dereitos (é o caso da LO 6/84, reguladora do *habeas corpus*; da LO 2/1984, reguladora do dereito de rectificación, ou dos recursos contencioso-electorais previstos na LOREG 5/1985 (artigos 49 e 114), ou do artigo 122 da LXCA, en relación co dereito de reunión).

2.2. O amparo constitucional.

O artigo 53.2 da CE sinala que os dereitos recoñecidos nos artigos 14 ao 29 da Constitución, así como a obxección de conciencia, son protexibles, ademais de polo amparo xudicial, a través do amparo constitucional.

A característica máis específica do recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, do órgano ante o que se residencia: a diferenza do amparo xudicial, que, como se viu, se insta dos órganos xurisdicionais ordinarios, o amparo constitucional solicítase, precisamente, do Tribunal Constitucional.

Non se pode omitir que o amparo constitucional reviste unha función que transcende da proxectada pola mera resolución do caso concreto. Certamente, o seu obxecto primario é ofrecer unha garantía máis dos dereitos fundamentais, pero, ademais, ese instrumento confire ao Tribunal Constitucional unha función de alcance máis global, que se pode resumir como o control da forma en que os xuíces e tribunais ordinarios aplican os preceptos constitucionais que consagran os dereitos fundamentais, a fixación das pautas e criterios que deben inspirar a actuación dos órganos da xurisdición ordinaria, como xa queda recollido no artigo 5.1 da LOPX 6/1985.

Por outra parte, o amparo constitucional cumpre aínda unha última función, en consonancia coa condición do Tribunal Constitucional como supremo intérprete da Constitución. Os recursos de amparo constitucional que ante el se tramitan permiten que o Tribunal Constitucional realice ese labor interpretativo e defina o alcance e significado exacto dos preceptos constitucionais que consagran os dereitos fundamentais, un alcance e significado que, como se viu, deben argumentar a interpretación e aplicación que das leis e os regulamentos realicen os órganos xurisdicionais ordinarios.

O amparo constitucional é un recurso subsidiario porque é condición necesaria para poder accionar o amparo constitucional ter esgotado antes as vías xudiciais procedentes.

O amparo constitucional é un recurso de obxecto limitado: nel non se pode facer valer calquera pretensión, senón soamente as dirixidas a preservar ou restablecer os dereitos fundamentais recoñecidos nos artigos 14 ao 29 da CE, ademais da obxección de conciencia.

Por último, o obxecto limitado do recurso predetermina tamén a resolución do Tribunal Constitucional, pois este, en caso de outorgar o amparo, deberá limitarse ao previsto no artigo 55.1 da LOTC; isto é, deberase reducir a declarar a nulidade do acto ou resolución que vulnerou o dereito fundamental, a recoñecer este último e a restablecer ao recorrente no seu dereito.

2.3. A protección internacional.

Por último, e se todos os mecanismos nacionais de protección resultan infrutuosos, os dereitos fundamentais poden ser defendidos tamén ante instancias internacionais e, máis concretamente, ante o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, con sede na cidade de Estrasburgo. España é signataria do Convenio dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais da persoa (CEDH), que, entre outras cousas, institúe un órgano xurisdiccional encargado da protección dos dereitos recollidos no convenio: o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH). En canto signataria do convenio, España está suxeita tanto aos dereitos neste consagrados como á xurisdición do TEDH.

A protección que dispensa o TEDH límitase, como é lóxico, aos dereitos consagrados no CEDH e nos protocolos que o amplían; polo tanto, e desde o punto de vista interno, soamente poden ser protexidos por este procedemento os dereitos fundamentais recollidos na Constitución que coinciden cos recoñecidos no CEDH; en todo caso, a coincidencia entre a declaración constitucional e o CEDH é moi ampla, máxime se se ten en conta que o artigo 10.2 da CE impón que o CEDH se utilice como parámetro de interpretación dos dereitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

O mecanismo de protección que ofrece o TEDH poden utilizalo tanto persoas físicas como xurídicas (artigo 34 CEDH); pero, para acudir ao TEDH, débese respectar o principio de subsidiariedade, ou dito doutra forma, cómpre ter esgotado previamente todas as vías

internas (artigo 35.1 CEDH), incluído, se é o caso, o Tribunal Constitucional, o que será a regra xeral xa que, como se indicou, existe unha correspondencia moi ampla entre o contido material do CEDH e os dereitos protexidos en amparo, aínda que exista algunha excepción significativa: o dereito de propiedade.

Sen entrar a expoñer as particularidades do procedemento que se segue ante o TEDH, convén destacar que as súas decisións teñen unha dobre importancia constitucional. Desde o punto de vista xeral, e como consecuencia da previsión xa citada do artigo 10.2 da CE, a xurisprudencia do TEDH é un instrumento moi importante para interpretar os dereitos e as liberdades constitucionalmente garantidos, e así o sinalou o propio Tribunal Constitucional español (STC 50/89, caso dilacións en San Feliú de Llobregat, por exemplo). Desde o punto de vista individual do caso concreto, aínda que as sentenzas do TEDH teñen un efecto simplemente declarativo, o Tribunal Constitucional considerou que, constatada unha lesión de dereitos polo TEDH, esta debe ser reparada no ámbito interno (STC 245/91, caso Bultó 2).

3. A suspensión dos dereitos fundamentais.

En ocasións prodúcense acontecementos que perturban seriamente a convivencia pacífica e a normalidade constitucional. En tales casos resulta lóxico que o propio ordenamento prevea mecanismos de reacción para enfrontarse coa crise creada co fin de manter o sistema establecido. Así xorde o que se denominou «dereito de excepción» .

A Constitución española regula esta materia nos seus artigos 55.1 e 116, que se encontran desenvolvidos pola LO 4/81, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio. As características fundamentais que posúen as situacións de excepción, tal como foron reguladas en España, son as seguintes:

1º O contido normal do dereito de excepción concrétase en dous terreos: limitación ou suspensión do exercicio de determinados dereitos fundamentais (en concreto, de liberdades públicas) e modificación do esquema habitual de distribución de funcións entre os poderes do Estado. Esta modificación tradúcese nun aumento das facultades do poder executivo, en especial, dos denominados poderes de policía.

Por outra parte, o mesmo artigo 116 da CE introduce algúns mandatos tendentes a garantir a regularidade do funcionamento do esquema democrático de repartición de

poder. A este respecto, e para evitar abusos do poder executivo fortalecido pola declaración dunha situación excepcional, prohibéase a disolución do Congreso durante a vixencia da dita situación. Así mesmo, establécese que, se se declara algún dos estados excepcionais cando as cámaras non estivesen en período de sesións, estas quedan automaticamente convocadas. Tamén se prevé que no caso de que se esgotase o mandato do Congreso durante a vixencia dun estado de alarma, excepción ou sitio, a Deputación Permanente debe asumir as súas competencias. Trátase, en definitiva, e como o propio artigo 116.5 da CE establece nun dos seus incisos, de garantir que o funcionamento das cámaras, «así como o dos demais poderes constitucionais do Estado, non se poderá interromper durante a vixencia destes estados».

2º O dereito de excepción debe ser estritamente transitorio. Iso significa que soamente é aplicable mentres dure a situación de crise que xustifica a súa promulgación. En consecuencia, a Constitución e a LO 4/81 prevén prazos para o exercicio desas facultades extraordinarias.

3º A finalidade do dereito de excepción debe consistir exclusivamente na superación da crise que o xustifica de cara á volta á situación de normalidade.

4º Os poderes excepcionais non poden ser ilimitados.

5º O uso dos poderes excepcionais debe ser proporcional, é dicir, debe adecuarse á natureza e intensidade da crise que debe enfrontar.

6º O dereito de excepción, como todo dereito extraordinario e limitativo de dereitos, debe ser interpretado sempre de maneira restritiva.

A regulación sobre a materia concrétese en tres chanzos normativos distintos: por unha parte, a Constitución, nos seus artigos 55.1 e 116, establece o marco xeral no que se debe desenvolver o dereito de excepción. Posteriormente, a LO 4/81 completa ese marco xeral. Por último, en cada caso é a norma que para o efecto se dite a que debe concretar cal é o réxime xurídico aplicable e deberase respectar sempre ese marco global previamente fixado constitucional e legalmente como límite máximo.

a) O estado de alarma.

O estado de alarma está previsto na LO 4/81 para catro supostos diferentes: catástrofes, calamidades ou desgrazas públicas; crises sanitarias; paralización de servizos públicos

esenciais cando non se poidan garantir e, por último, situacións de non abastecemento de produtos de primeira necesidade.

A declaración do estado de alarma corresponde ao Goberno, ben por iniciativa propia, ben pola do presidente da Comunidade Autónoma que se vise afectada por unha das circunstancias descritas. O acordo débese adoptar mediante decreto do Consello de Ministros. O prazo máximo de duración é o de quince días; transcorrido o prazo, poderase prorrogar o estado de alarma con autorización expresa do Congreso dos Deputados. Este pode, pola súa vez, establecer o alcance e condicións de vixencia durante a prórroga.

O efecto fundamental que o estado de alarma ten é a concentración de todo o persoal das administracións públicas baixo a dirección dunha soa autoridade: o Goberno ou o presidente da Comunidade Autónoma por delegación daquel. Desde o punto de vista do exercicio dos dereitos fundamentais, as limitacións que se poden establecer son as seguintes: limitar a circulación ou permanencia de persoas ou vehículos a determinadas horas e lugares, ou condicionala ao cumprimento de requisitos; requisar temporalmente certos bens; impoñer prestacións persoais; intervir e ocupar transitoriamente calquera local, excepción feita dos domicilios privados: fábricas, talleres, empresas, etc; limitar ou racionar o uso de servizos e o consumo de artigos de primeira necesidade; dar ordes para garantir que non exista desabastecemento de produtos e, por último, intervir empresas ou servizos, así como mobilizar o seu persoal, de cara a garantir os servizos públicos esenciais e o abastecemento de produtos.

b) O estado de excepción.

O artigo 13 da LO 4/81 non taxa os supostos en que se pode decretar o estado de excepción limítase a exixir que exista unha grave alteración da orde pública sen que sexa posible restablecer e manter esta mediante o exercicio de potestades ordinarias. Non obstante, a título de exemplo, cítanse algúns supostos: graves alteracións do libre exercicio de dereitos e liberdades, anormal funcionamento das institucións democráticas ou dos servizos esenciais da comunidade.

A iniciativa para decretar o Estado de excepción corresponde ao Goberno, que deberá solicitar autorización ao Congreso. Na dita solicitude deben figurar os efectos (limitados sempre polo artigo 55 da CE), as medidas que se van adoptar, o ámbito territorial e temporal e a contía máxima das sancións que se poidan impoñer. O Congreso pode

introducir modificacións para outorgar a autorización. Obtida esta, o estado de excepción declárase mediante decreto aprobado polo Consello de Ministros. Calquera modificación que se queira introducir debe seguir o mesmo procedemento.

O prazo máximo de vixencia do estado de excepción é de trinta días, prorrogables por outros trinta.

Polo que se refire aos seus efectos, o estado de excepción pode implicar a suspensión dos seguintes dereitos:

- As garantías da liberdade e seguridade persoal reguladas no artigo 17 da CE.
- A inviolabilidade do domicilio e do segredo das comunicacións -artigo 18.2 e 3 CE.
- As liberdades de residencia e circulación interior e exterior -19 CE).
- As liberdades de expresión e de información, así como a prohibición do secuestro de medios de información -artigo 20.1 d) e e), e 5 CE.
- Os dereitos de reunión e manifestación -artigo 21 CE.
- Os dereitos de folga e conflito colectivo -28.2 e 37.2 CE.

c) O estado de sitio.

A finalidade do estado de sitio é reaccionar fronte a crise que implica un atentado directo contra a identidade mesma do Estado e do seu ordenamento. O artigo 32.1 da LO 4/81 establece a posibilidade de decretar o estado de sitio «cando se produza ou ameace producirse unha insurrección ou acto de forza contra a soberanía ou a independencia de España, a súa integridade territorial ou o ordenamento constitucional, que non se poida resolver por outros medios».

O estado de sitio declárase o Congreso dos Deputados por maioría absoluta dos seus membros por proposta do Goberno (artigo 116.4 CE). Na declaración débese fixar o alcance temporal, territorial e material da declaración. Pode durar tanto como exixa a situación de crise e deberá, en todo caso, respectarse os prazos fixados na propia declaración, de maneira que, se expiran, se debe renovar esta. Se as circunstancias que motivaron a declaración desaparecen antes de transcorrido o prazo de vixencia inicial ou renovado, a Cámara pode levantar a declaración do estado de sitio.

As medidas que se poden adoptar na declaración do estado de sitio en relación cos dereitos fundamentais son as mesmas previstas para os estados de alarma e de excepción, soamente se engade a posibilidade de suspender as garantías do detido previstas polo artigo 17.3 da CE: a información de dereitos e razóns da detención, e asistencia letrada durante as dilixencias policiais e xudiciais.

4. Principios reitores da política social e económica.

Os principios reitores da política social e económica regúlanse no capítulo III do título I da CE. Os principios únense ao estado social proclamado no artigo 1.1 da CE e co valor e principio de igualdade, en sentido de igualdade material, real e efectiva, do artigo 11. Con esta finalidade, incorpóranse no contido dos principios reitores normas de diferente contido: cláusulas económicas, dereitos de prestación, mandatos ao lexislador e declaracións.

A protección destes principios ou dereitos sociais é de menor grao que a analizada para os dereitos e liberdades individuais. En efecto, o artigo 53.3 CE dispón:

“O recoñecemento, o respecto e a protección dos principios recoñecidos no capítulo III argumentará a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos. Soamente poderán ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan”.

Polo tanto, non son dereitos subxectivos directamente alegables ante os tribunais, non teñen o amparo xudicial especial, non están reservados á lei orgánica, nin existe un “contido esencial” que o lexislador deba cumprir. Ao contrario, soamente poden ser alegados na medida do desenvolvemento lexislativo que se realice e o dito desenvolvemento pode ser tanto estatal como autonómico, en función da repartición constitucional de competencias dos artigos 148 e 149 CE.

A eficacia dos principios reitores é a seguinte: por un lado, vinculan o lexislador obrigándoo ao seu desenvolvemento, respecto e protección, ben que a marxe de configuración é amplísima, pola ausencia dese “contido esencial”. Por outro, fundamentan a actuación aos outros poderes públicos: Goberno e Administración nas súas potestades normativas e executivas. Por último, fundamentan a práctica xudicial, de forma que os xuíces e tribunais interpretarán as leis e regulamentos tamén segundo estes principios

reitores (artigo 5.1 LOPX transcrito máis arriba), e tamén poden servir de parámetro para que o Tribunal Constitucional axuice a constitucionalidade da leis.

Resta, por tanto, enumerar os principios reitores, para cuxo efecto se agrupan nas seguintes categorías:

- a) Principios que se enuncian como dereitos: protección da saúde, acceso á cultura, o desfrute dun ambiente adecuado, o desfrute dunha vivenda digna ou adecuada, os dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro e o seu retorno; e tamén deberes como a asistencia dos pais para cos fillos, de conservación do ambiente, protección do patrimonio histórico-cultural (artigos 39 e 42 ao 47), dereito á suficiencia económica mediante un sistema de pensións a favor das persoas da terceira idade (artigo 50), dereito á defensa dos consumidores (artigo 51), dereitos, os anteriores, que tamén determinan a acción política dos poderes públicos.
- a) Principios que se configuran como directrices para a acción dos poderes públicos:
 - Artigo 40: “1. Os poderes públicos promoverán as condicións favorables para o progreso social e económico e para unha distribución da renda rexional e persoal máis equitativa, no marco dunha política de estabilidade económica. De maneira especial, realizarán unha política orientada ao pleno emprego. 2. Así mesmo, os poderes públicos fomentarán unha política que garanta a formación e readaptación profesionais; velarán pola seguridade e hixiene no traballo e garantirán o descanso necesario, mediante a limitación da xornada laboral, as vacacións periódicas retribuídas e a promoción de centros adecuados”.
 - Artigo 39: “1. Os poderes públicos aseguran a protección social, económica e xurídica da familia. 2 Os poderes públicos aseguran, así mesmo, a protección integral dos fillos, iguais estes ante a lei con independencia da súa filiación e da nai, calquera que sexa o seu estado civil. A lei posibilitará a investigación da paternidade. (...)”.
 - Artigo 48: “Os poderes públicos promoverán as condicións para a participación libre e eficaz da xuventude no desenvolvemento político, social, económico e cultural”.

b) Principios configurados como prestacións dos poderes públicos:

- Artigo 41: “Os poderes públicos manterán un réxime público de seguridade social para todos os cidadáns, que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego. A asistencia e prestacións complementarias serán libres”.
- Artigo 49: “Os poderes públicos realizarán unha política de previsión, tratamento, rehabilitación e integración dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, aos cales prestarán a atención especializada que requiran e ampararanos especialmente para o desfrute dos dereitos que este título lles outorga a todos os cidadáns”.

BIBLIOGRAFÍA

García Morillo (en colaboración): *Derecho constitucional*, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración): *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración): *Derecho constitucional*, 2 volumes, editorial Tecnos.

Casas Baamonde, M. E., e Rodríguez Piñeiro, M. (Dir), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, (As Rozas) Madrid, 2008.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

TEMA 5

A COROA. SUCESIÓN E REXENCIA. AS ATRIBUCIÓNS DO REI.

TEMA 5. A COROA. SUCESIÓN E REXENCIA. AS ATRIBUCIÓN DO REI.

ÍNDICE

1. A Coroa.

1.1 A monarquía parlamentaria como forma política do Estado.

1.2 A sucesión na Coroa.

1.3 A rexencia e a tutela do rei menor.

1.4 As funcións do rei.

1.5 O referendo.

1. A COROA

1.1 A monarquía parlamentaria como forma política do Estado.

Despois de definir o Estado como «social e democrático de dereito», e de proclamar que «a soberanía nacional reside no pobo español», o artigo 1 da CE completa esta serie de enunciados básicos coa afirmación de que «a monarquía parlamentaria é a forma política do Estado.»

Desde unha perspectiva histórica, o artigo 1.3 da CE pódese entender conforme a tradición liberal xenuína do constitucionalismo español, e que a expresión monarquía parlamentaria fai referencia á articulación dos poderes constituídos, isto é, á forma de goberno, e non á forma de Estado. Esta última vén, en cambio, determinada pola soberanía popular, recuperada despois do franquismo en 1977 (artigo 1 da Lei 1/1977, do 4 de xaneiro, para a reforma política), e confirmada inequivocamente no artigo 1.2 da CE. De feito, o mérito histórico indiscutible do rei Juan Carlos I foi facilitar a devolución da soberanía ao pobo e amparar a manifestación do seu poder constituínte como fundamento

único da nova orde estatal (que o rei promulgase a Constitución e non a sancionase resulta expresivo desa exclusividade do poder constituínte popular).

Non obsta para a conclusión anterior que o lexislador constituínte non cualificase a monarquía parlamentaria como forma de goberno e que preferise en cambio a expresión máis imprecisa de «forma política do Estado». Parece claro, á vista dos antecedentes parlamentarios, que esta terminoloxía non encerraba unha opción determinada no plano da teoría política, senón que se trataba máis ben dunha ambigüidade da linguaxe constitucional, deliberadamente buscada, para favorecer o consenso (como aconteceu en tantas outras ocasións).

En todo caso, desde o punto de vista literal, o artigo 1.3 da CE non é incoherente coa interpretación que aquí se sostén, porque a forma de goberno é unha forma «do Estado» (aínda que non sexa a «forma de Estado»), e tamén é unha «forma política».

1.2. A sucesión na Coroa.

a) A Constitución estableceu unha forma de goberno monárquica e hereditaria, pero non instaurou unha nova dinastía, senón que recoñeceu como rei o «lexítimo herdeiro da dinastía histórica» (artigo 57.1). O rei don Juan Carlos I é, en efecto, titular dos dereitos dinásticos por renuncia do seu pai, don Juan de Borbón y Battenberg, realizada o 14 de maio de 1977. Desta forma, á lexitimidade democrática da monarquía, dimanante da Constitución, engadiuse a súa lexitimidade dinástica, froito da historia.

As regras para a sucesión na Coroa, establecidas no propio artigo 57.1, son reprodución, practicamente literal, das que existiron nas anteriores constitucións, desde a de 1812 ata a de 1876, e teñen a súa orixe última en 1265, na Lei de Partidas (II, 15, 2) de Alfonso X.

Baséase esta orde sucesoria nos principios de primoxenitura e representación, que definen a preferencia do primeiro nacido dos descendentes do rei e, subsidiariamente, dos descendentes do primoxénito, se este falece. Estes principios complétanse e matízanse coas seguintes regras:

- A preferencia das liñas anteriores sobre as posteriores. Débese interpretar segundo o Código civil, que especifica que as persoas de diferentes xeracións forman unha liña directa, se descendeen unhas doutras, e colateral se non descendeen unhas doutras, pero proceden dun tronco común (artigo 916).
- A preferencia, dentro da mesma liña, do grao máis próximo sobre o máis remoto significa a prioridade das xeracións (ou graos, na terminoloxía do artigo 915 del Código civil) anteriores sobre as máis novas.
- A preferencia no mesmo grao do home sobre a muller é unha excepción ao principio de igualdade xurídica dos sexos, do artigo 14 da CE, sen máis xustificación que a que deriva da tradición. Cómpre ter en conta, en todo caso, que esta regra non impide reinar as mulleres, como o fixera a Lei de sucesión na Xefatura do Estado, do 26 de xullo de 1946.
- A preferencia, no mesmo sexo, da persoa de máis idade sobre a de menos, é unha concreción do principio de primoxenitura.

Porén, non todos os familiares do rei que poidan estar incluídos, de maneira máis ou menos próxima, na orde de sucesión, en virtude das regras anteriores, forman parte da familia real, en sentido estrito, tal e como resulta definida polo RD 2917/1981, do 27 de novembro. Esta norma, que regula o Rexistro civil da familia real, dispón que nel se deben inscribir os nacementos, matrimonios, defuncións e calquera outro feito inscribible relativo «ao rei de España, á súa augusta consorte, aos seus ascendentes de primeiro grao, aos seus descendentes e ao príncipe herdeiro da Coroa» (artigo 1). As persoas inscritas neste rexistro civil especial incorren en causa de inelixibilidade, conforme o establecido na LOREX (artigo 6.1.a).

b) A sucesión na Coroa prodúcese automaticamente, en virtude das regras antes mencionadas. Non obstante, o artigo 61 da CE refírese á proclamación do rei ante as Cortes Xerais e ao seu xuramento de «desempeñar fielmente as súas funcións, cumprir e facer cumprir a Constitución e as leis, e respectar os dereitos dos cidadáns e das comunidades autónomas».

A proclamación do rei non é a única intervención das Cortes na sucesión da Coroa. A Constitución prevé, así mesmo, que as Cortes deben resolver mediante unha lei orgánica «as abdicacións, as renuncias e calquera dúbida de feito ou de dereito que ocorra na orde de sucesión á Coroa» (artigo 57.5 da CE).

Así mesmo, cómpre ter en conta outras facultades das Cortes neste eido: poden prohibir, xunto co rei, o matrimonio daquelas persoas que teñan dereito á sucesión no trono, quedando estas excluídas da sucesión, de contraviren a dita prohibición (artigo 57.4 da CE); e deben prover a sucesión na Coroa, na forma que máis conveña aos intereses de España, unha vez extinguidas todas as liñas chamadas en dereito (artigo 57.3 da CE), precepto que posibilita a instauración dunha nova dinastía.

As competencias das Cortes relativas á sucesión na Coroa, así como as que máis abaixo se mencionan, en relación coa rexencia e coa tutela do rei menor, exércense en sesión conxunta de ambas as Cámaras, salvo que teñan carácter lexislativo, segundo o dispón o artigo 74.1 da CE.

c) Durante o período de vixencia da Constitución de 1978 produciuse a sucesión do rei don Juan Carlos I a favor do seu fillo, que reina baixo o nome de Felipe VI.

Xuridicamente, o rei don Juan Carlos I, o 2 de xuño de 2014, comunicoulle ao presidente do Goberno a súa vontade de abdicar mediante entrega dun escrito, asinado na súa presenza. Isto foi seguido da Lei orgánica 3/2014, do 18 de xuño, pola que se fai efectiva a abdicación da súa maxestade o rei don Juan Carlos I de Borbón, onde, tras reproducir o seu preámbulo o referido escrito, contiña un artigo único con dous puntos: "*1. A súa maxestade o rei don Juan Carlos I de Borbón abdica a Coroa de España. 2. A abdicación será efectiva no momento de entrada en vigor da presente lei orgánica.*"

A Lei orgánica aprobada polas Cortes foi sancionada polo rei Juan Carlos I e referendada polo presidente do Goberno. O acto de sinatura da norma produciuse o 18 de xuño, ás 18.00 horas, no Salón de Columnas do Palacio Real de Madrid, e a publicación tivo lugar o día 19, ás 00.00 horas, momento en que se fixo efectiva a abdicación e o príncipe de

Asturias pasou a ser o novo rei.

A partir de aí, Juan Carlos I terá a dignidade de «rei» de maneira vitalicia e realizará exclusivamente as funcións que lle asigne o seu sucesor, proclamado rei de España co nome de Felipe VI o 19 de xuño, nunha cerimonia protocolaria no Palacio das Cortes.

1.3. A rexencia e a tutela do rei menor.

A Constitución establece tamén as previsións necesarias para que a rexencia se estableza nos supostos en que o rei se ache inhabilitado para reinar, por ser menor de idade ou por estar afectado por unha incapacidade física ou mental, que debe ser recoñecida polas Cortes Xerais (artigo 59 da CE). O primeiro suposto foi moi frecuente na historia constitucional de España, que contou con períodos prolongados de rexencia, durante a minoría de idade de Isabel II e de Alfonso XIII.

As formas de establecer a rexencia poden ser de dúas clases. En primeiro lugar, por chamamento da propia Constitución, que lle encomenda a rexencia, no caso da minoría de idade, ao pai ou á nai do rei e, no seu defecto, ao parente maior de idade máis próximo a suceder na Coroa; e no suposto de incapacidade recoñecida polas Cortes, ao príncipe herdeiro, se for maior de idade e, se non o for, ao pai do rei, ou á súa nai e, no seu defecto, ao parente maior de idade máis próximo na orde de sucesión.

A segunda forma de rexencia é a electiva, que debe ser nomeada polas Cortes Xerais e que ten unha función soamente subsidiaria, para o caso de que non houber ningunha persoa chamada a exercer a rexencia conforme as regras anteriores. A rexencia electiva pode ser individual ou colectiva e, neste último caso, comprende, tres ou cinco persoas.

Calquera que sexa a causa e a forma da rexencia, esta exerceuse cos mesmos poderes que ao rei lle encomenda a Constitución. No entanto, a rexencia só suple interinamente o titular da Coroa e non o substitúe; por conseguinte, o artigo 59.5 da CE exige que a rexencia se exerza en nome do rei, e o RD 1368/1987 dispón que quen exerza a rexencia terá o tratamento de alteza e non o de maxestade. Pola mesma razón, a rexencia debe

concluir sempre ao cesar a incapacidade do rei para reinar.

A Constitución separou tamén a función pública da rexencia da función privada que consiste na tutela do rei menor (artigo 60). A forma prioritaria de designación do titor é a testamentaria, e existen diversidade de opinións acerca de se este acto do rei está ou non exento de referendo. En defecto do nomeamento testamentario, a Constitución designa titor o pai ou a nai do rei menor, mentres permanezan viúvos. Subsidiariamente a designación corresponderalles ás Cortes, coa restrición de non poder acumularse os cargos de titor e de rexente máis que nos proxenitores ou ascendentes directos do rei.

1.4. As funcións do rei.

O artigo 56.1 da CE é a norma de cabeceira de todas as relativas ao rei. Define a súa posición constitucional e as súas funcións, e faino dunha maneira moi expresiva, que paradoxalmente parece inspirada na Constitución italiana de 1947 e na Constitución francesa de 1958, coas cales comparte a orientación de atribuírle ao xefe do Estado unhas funcións distintas da tradicional función executiva. Non obstante, a interpretación do artigo 56.1 da CE non se pode realizar mimeticamente, pasando por alto a singularidade da nosa forma de goberno.

- a) Que a Constitución se refira ao rei como xefe do Estado significa, ante todo, que é un órgano estatal. Por conseguinte, é un dos órganos constitucionais do Estado.
- b) Ademais de xefe do Estado, o artigo 56.1 da CE afirma que o rei é «símbolo da súa unidade e permanencia».
- c) Do rei di tamén o artigo 56.1 da CE que «arbitra e modera o funcionamento regular das institucións», o que comporta, en primeiro termo, unha exixencia de neutralidade política, sen a cal a moderación e a arbitrase da Coroa se desnaturalizarían.

Existe amplo consenso doutrinal en interpretar que a función moderadora, referida no artigo 56.1, consiste na maxistratura de influencia que ao monarca lle corresponde exercer en relación co Goberno, e que se concreta nos dereitos do rei a ser consultado, a animar e

a advertir, segundo a coñecida fórmula oriúnda do constitucionalismo inglés.

O dereito do rei «a ser informado dos asuntos de Estado» está recoñecido expresamente no artigo 62.g da CE, e a maneira de facelo efectivo consiste, en primeiro termo, na súa facultade, utilizada con significativa periodicidade, de «presidir, para estes efectos, as sesións do Consello de Ministros, cando o considere oportuno, por petición do presidente do Goberno». Pero ese dereito do rei a ser informado polo Goberno concrétase tamén noutros procedementos, como o despacho que regularmente mantén co presidente do Goberno e tamén cos ministros (en particular, cos de Exteriores e Defensa). Tamén se debe mencionar neste contexto a previsión do artigo 13 do RD 434/1988, do 6 de maio, que dispón que os departamentos da Administración do Estado proporcionarán á Casa da Súa Maxestade o Rei «os informes, ditames e asesoramentos de calquera natureza que a Casa solicite».

Os outros dereitos característicos desta maxistratura de influencia (o de estimular e advertir) converten o rei en conselleiro do Goberno, no seu conselleiro supremo, aínda que este aspecto da súa actividade debe estar en todo momento protexido pola reserva, para que a *auctoritas* do monarca se poida exercer sen menoscabo da *potestas* do Goberno.

A principal facultade de significado arbitral que a Constitución lle confía ao rei é a de propor candidato a presidente do Goberno (artigo 62.d). Mellor dito, esta facultade terá ese significado arbitral cando falte un partido ou unha coalición maioritarios no Congreso dos Deputados. Entón, pero só entón, esa facultade implicará que o rei ten que escoller a solución máis apropiada para formar o Goberno, exercendo unha responsabilidade que é característica dos xefes de Estado nos réximes parlamentarios. Pero esta arbitrase do monarca non está prevista para facer prevalecer a preferencia política do rei senón a do Congreso dos Deputados, máis concretamente a preferencia da maioría simple dos deputados, como o demostra a arquitectura do artigo 99 da CE.

Polo que se refire ao poder de disolución das Cortes Xerais, cómpre distinguir o suposto de disolución funcional, a que fai referencia o artigo 99.5 da CE, e o de disolución governamental previsto no artigo 115.1 da CE. O primeiro encádrase na función arbitral

ou, polo menos, é consecuencia dela, pola súa estreita vinculación co poder de propor candidato a presidente do Goberno. En efecto, se o Congreso non acepta ningún dos candidatos propostos, o rei debe decretar a disolución, unha vez pasados dous meses desde a primeira votación de investidura.

En cambio, literalmente, non parece que o artigo 115 da CE sexa instrumental para a arbitrase do xefe do Estado, porque a disolución ten que ser proposta polo presidente do Goberno e porque a redacción deste artigo dá a impresión de pretender limitar (ou suprimir) a discrecionalidade do rei e consideralo vinculado pola dita proposta ao dicir, mediante un tempo futuro que pode indicar imperatividade, «que (a disolución) será decretada polo rei».

Por último, sinalouse que a función arbitral do artigo 56.1 de la CE tamén se pode exercer mediante mensaxes públicas do rei, que aínda que non están expresamente recollidas na Constitución, sen dúbida o están implicitamente, porque o xefe do Estado se debe expresar con ocasión do exercicio das súas funcións, e cómpre interpretar que é titular dun «poder de exteriorización» (segundo o denomina a doutrina italiana), que é inherente a todos os suxeitos públicos. Non obstante, hai que recoñecer que se as institucións funcionan regularmente, non será precisa a intervención arbitral do rei e que, conseguintemente, será excepcional que os seus discursos ou as súas mensaxes teñan ese significado. Na maior parte dos casos, pola contra, aqueles estarán relacionados con outras funcións do xefe do Estado, como a simbólica, a cerimonial ou a internacional.

d) O artigo 56.1 da CE atribúelle tamén ao rei «a máis alta representación do Estado español nas relacións internacionais, especialmente coas nacións da súa comunidade histórica». Trátase de dúas competencias que teñen distinta natureza: xurídica a primeira; política e simbólica a segunda. En efecto, que o rei sexa o principal representante internacional do Estado se corresponde cun criterio xeral do dereito internacional, que se concreta na Constitución mediante os seguintes poderes do monarca: o de legación activa e pasiva (artigo 63.1 da CE), o de manifestar o consentimento do Estado para obrigarse por medio de tratados (artigo 63.2 da CE) e o de declarar a guerra e facer a paz (artigo 63.3 da CE). Poderes que non están ao servizo dunha política exterior do rei, senón da

política exterior do Estado, que o Goberno debe dirixir, conforme o artigo 97 da CE, e o Parlamento autorizar, no caso dos principais tratados e da declaración de guerra (artigos 63 e 94 da CE).

e) Finalmente, cómpre facer referencia á función do rei como garante da Constitución, que se reflicte na fórmula do xuramento que debe prestar ao ser proclamado ante as Cortes Xerais de «cumprir e facer cumprir a Constitución» (artigo 61.1 da CE). Esta función ten dous significados complementarios.

Por unha banda, é unha consecuencia da vinculación dos poderes públicos á Constitución, que proclama o artigo 9.1 da CE e da cal o xefe do Estado non está exceptuado. A exención de responsabilidade que lle recoñece o artigo 56.3 da CE ten, desde logo, outro alcance, que consiste en limitar as consecuencias dos comportamentos antixurídicos do primeiro maxistrado, pero non supón consideralo *legibus solutus*. Ademais, o principio de suxeición dos poderes públicos á Constitución ten neste caso unha relevancia garantista especial, porque ao rei lle compete realizar os principais actos de Estado, culminando, en cada caso, o procedemento constitucional correspondente (o lexislativo, o de convocatoria do referendo, o de celebración de tratados, etc.). Por conseguinte, ao rei, como órgano final do procedemento constitucional, correspóndelle garantir a regularidade formal deste e impedir os actos que o vulneren, polo menos nos seus aspectos esenciais (por exemplo, unha lei que non fose sometida a votación nunha das dúas Cámaras, a convocatoria dun referendo sen a autorización do Congreso ou a proclamación dun Estado de excepción sen ese mesmo requisito).

Isto non supón considerar o rei como titor da regularidade formal dos actos ou das normas en todos os seus detalles, nin moito menos como órgano encargado do control preventivo da legalidade ou da constitucionalidade do seu contido, que son tarefas da xurisdición (ordinaria ou constitucional) competente. Pero a función de garantía da Constitución polo xefe do Estado, así delimitada, non deixa de ser capital, porque permite impedir que os atentados máis graves contra a Constitución se poidan beneficiar sequera de aparencia xurídica.

Ademais, o rei vén configurado como garante da Constitución pola súa posición en relación coas Forzas Armadas, que teñen encomendada no artigo 8 da CE a defensa do ordenamento constitucional. É evidente que esta misión non está confiada ás Forzas Armadas como institución autónoma, senón como organización estatal, dependente e subordinada aos órganos constitucionais. Por conseguinte, a utilización das forzas militares para a defensa política da Constitución deberase realizar baixo a autoridade do Goberno, a quen lle corresponde dirixilas, e do rei, a quen lle compete o seu mando supremo, conforme o artigo 62.h da CE.

1.5. O referendo.

a) A necesidade de que os actos do rei sexan sempre referendados, é dicir, autorizados ou confirmados por outro órgano constitucional, normalmente o presidente do Goberno ou os ministros, é unha regra tradicional do constitucionalismo, que deriva da exención de responsabilidade do xefe do Estado nas monarquías. A dita exención significaría en realidade un privilexio incongruente coa natureza do constitucionalismo, que exige unha forma de goberno limitada e responsable, se non estivese compensada pola regra que imputa a responsabilidade do actuado aos suxeitos que cooperan co rei. «Dos actos do rei serán responsables as persoas que o referenden», afirma, en efecto, o artigo 64.2 da CE.

A responsabilidade do referendante esténdese tanto á regularidade formal do acto como ao seu contido. Noutras palabras, o referendo acredita a legalidade da actuación do xefe do Estado e tamén a súa oportunidade. No entanto, a responsabilidade do referendante non se pode estender a este último aspecto naqueles casos en que o acto do rei culmina nun procedemento no cal o referendante non participou, como ocorre, por exemplo, cos nomeamentos daqueles vogais do Consello Xeral do Poder Xudicial ou maxistrados do Tribunal Constitucional que lles corresponde propor ás Cámaras. Nestes casos, o referendo polo presidente do Goberno só certifica a legalidade do nomeamento, pero non a xustificación da elección realizada.

b) Obxecto do referendo son os actos que o rei realiza como titular da Xefatura do Estado, exceptuándose, por conseguinte, os correspondentes á súa vida privada, como son, por

exemplo, os actos relativos á administración do seu propio patrimonio. Fóra dese ámbito privado, o referendo é sempre exixible, sen máis excepción que os actos que o rei realice para a distribución da cantidade global que anualmente recibe dos orzamentos do Estado para o sostemento da súa familia e a Casa (artigo 65.1 da CE) e para o nomeamento dos membros civís e militares da súa Casa (artigos 56.3 e 65.2 da CE).

c) A forma típica do referendo é a contrasignatura dos actos do xefe do Estado por parte do referendante, pero esta non é a única forma posible, senón que hai tamén outras, como o referendo tácito e o referendo presunto. O primeiro consiste na presenza dos ministros xunto ao xefe de Estado nas súas actividades oficiais (cerimonias, discursos, viaxes e entrevistas), que implica a correspondente asunción de responsabilidade. O segundo é unha presunción xeral de que o Goberno cobre coa súa responsabilidade a actuación do xefe do Estado, a no ser que dimita en discrepancia con ela.

d) Polo que se refire á titularidade do poder de referendo, cómpre ter en conta que o artigo 64.1 da CE lle atribúe ao presidente do Goberno, aos ministros e ao presidente do Congreso dos Deputados. O poder dos ministros vén limitado pola súa respectiva competencia, de tal maneira que lles corresponderá referendar os reais decretos que cada un lle propuxese ao Consello de Ministros. O referendo do presidente do Congreso só é posible nos casos expresamente previstos no artigo 99 da CE, é dicir, a proposta de candidato e o nomeamento do presidente do Goberno e a disolución das Cortes Xerais se ningún candidato fose investido, pasados dous meses desde a primeira votación de investidura.

No entanto, en 1982 admitiuse tamén a súa competencia para referendar o cesamento do presidente do Goberno, criterio que a práctica posterior non confirmou.

En todo caso, cómpre interpretar que a enumeración do artigo 64.1 da CE é exhaustiva e, por conseguinte, nin cabe a delegación do referendo noutros órganos, nin poden outras normas de inferior rango engadir novos titulares desta potestade. Así o interpretou o Tribunal Constitucional en dúas sentenzas (STC 5/1987 e STC 8/1987), sobre o nomeamento do presidente do Goberno vasco, mediante as cales declarou que era

inconstitucional o precepto dunha lei autonómica que lle atribuíra ao presidente do Parlamento vasco a facultade de referendar o nomeamento do *lehendakari* e confirmou que a dita competencia lle correspondía ao presidente do Goberno.

e) A natureza xurídica do referendo resulta claramente definida no artigo 56.3 da CE. Trátase dunha condición para a validez dos actos do rei e a súa ausencia determina, por conseguinte, a nulidade dos ditos actos.

BIBLIOGRAFÍA

M. Satrústegui (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volumes, editorial Tecnos.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

Revisado por SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

TEMA 6

**AS CORTES XERAIS. O CONGRESO DOS
DEPUTADOS E O SENADO. COMPOSICIÓN E
FUNCÍONS. O CONTROL PARLAMENTARIO DO
GOBERNO EN ESPAÑA.**

TEMA 6. AS CORTES XERAIS. O CONGRESO DOS DEPUTADOS E O SENADO. - COMPOSICIÓN E FUNCIÓNS.- O CONTROL PARLAMENTARIO DO GOBERNO EN ESPAÑA.

ÍNDICE

1. As Cortes Xerais.

1.1 O Congreso dos Deputados e o Senado

1.2 Composición e funcións

1.3 Funcións das Cortes Xerais. A función de control do Goberno

1. AS CORTES XERAIS.

1.1 O Congreso dos Deputados e o Senado.

A Constitución quixo deixar claro desde o primeiro momento (Preámbulo e artigo 1.2) que a soberanía reside nun só titular: o pobo español, do que emanan os poderes do Estado. Esta tallante afirmación democrática de principio sitúa o noso texto constitucional no ámbito das constitucións democráticas da súa época e pecha calquera debate sobre a existencia doutros titulares da soberanía, e así o afirma o Tribunal Constitucional en sentenzas como a 31/2010, do 28 de xuño, sobre o artigo 8 do Estatuto de Cataluña. O que sucede é que o pobo español (artigo 1.2) ou a nación española (artigo 2), sendo realidades certas, non son, non obstante, realidades continuamente operativas. De aí que todas as democracias optasen, aínda que non necesariamente de maneira excluínte, pola fórmula da democracia representativa.

O sistema bicameral instaurado na nosa Constitución non é un sistema de bicameralismo equilibrado ou perfecto, senón o que a doutrina denomina un bicameralismo imperfecto, atenuado ou desequilibrado. E isto é así porque unha das dúas Cámaras, o Congreso dos Deputados, ten atribucións ou facultades claramente superiores ás que se outorgan ao Senado. Como mostra, basta sinalar que:

1. A confianza ao presidente do Goberno atribúea o Congreso dos Deputados (artigo 99).
2. Que é quen tamén pode cesalo mediante unha moción de censura (artigo 113).

3. E que a última palabra no procedemento legislativo, con escasas excepcións, a ten tamén o Congreso dos Deputados (artigo 90).

Esta realidade evidente e, por tanto, indiscutible, non debe facer esquecer o carácter bicameral das Cortes Xerais, e que é a estas ás cales o artigo 66.2 atribúe determinadas potestades, e non a cada Cámara por separado.

1.2 Composición e funcións

O artigo 68 recolle os elementos esenciais da estrutura e o sistema electoral que rexen o Congreso dos Deputados. Trátase dun precepto da máxima importancia por canto configura, polo menos nos seus aspectos clave, unha das dúas cámaras legislativas que compoñen as Cortes Xerais, tal e como sinala o artigo 66.1.

No seu primeiro inciso regula a composición do Congreso dos Deputados. Esta regulación non ofrece unha solución cerrada e definitiva, senón que o Constituínte opta por fixar unha marxe que se sitúa por abaixo nos trescentos escanos e por arriba nos catrocentos. Deste modo pode afirmarse con facilidade que todo aquilo que se mova nestas marxes é plenamente constitucional e, en cambio, incidirá en contradición cando a solución exceda, por arriba ou por abaixo, o indicado no artigo 68.1.

O artigo 162.1 da LOREX sinala que o “Congreso está formado por trescentos cincuenta deputados” e xa aparecía no Real decreto lei do 15 de marzo de 1977, que regulou os primeiros procesos electorais até a aprobación da LOREX no ano 1985.

O artigo 68.1 ocúpase tamén de indicar as características constitucionais de carácter esencial que deben ser predicables do sufraxio emitido para o Congreso dos Deputados.

Así:

- a. O sufraxio debe ser universal.
- b. O sufraxio debe ser libre.
- c. O sufraxio debe ser directo.
- d. O sufraxio debe ser secreto.

O artigo 68.2 prefixa os criterios básicos de repartición dos trescentos cincuenta deputados. E faino fixando a circunscrición, sentando uns parámetros que se deben aplicar

e determinando que, en todo caso, a Ceuta e Melilla lles corresponde un deputado a cada unha.

Entendemos por circunscrición electoral aquel colexio de electores que ten asignado un ou varios escanos para a súa adxudicación entre un corpo de candidatos determinado. Veremos que a opción constitucional trata de compatibilizar polo menos dous criterios non sempre facilmente aunables.

- En primeiro lugar, e nunha Cámara como o Congreso dos Deputados, debe existir unha representación de carácter poboacional minimamente adecuada. Isto é, non poden escoller cen mil electores dez deputados e tres millóns outros dez. É certa a existencia dunha certa proporcionalidade entre electores e escanos.
- Pero tampouco hai que esquecer que, aínda que os deputados (véxase artigo 67) representen todo o pobo español, existe unha sorte de “representación territorial” que, aínda que só sexa pola proximidade aos electores, exige certa base territorial do substrato electivo.

A Constitución confire á lei electoral a repartición de escanos entre as circunscricións provinciais, pero faino fixando criterios. Cada circunscrición deberá ter unha “representación mínima inicial” e os demais escanos distribuiranse “en proporción á poboación”. Con esta fórmula parece evidente que a repartición dos 348 escanos será tanto máis “proporcional” ou “poboacional” canto menor sexa o número inicial común a todas as circunscricións, e tanto máis “territorial” canto maior sexa ese número.

A fórmula aparece contida no artigo 162.2 e 3 da LOREX, que fixa en dous deputados o número mínimo inicial e distribúe os restantes segundo un procedemento proporcional con sistema de maiores restos. Esta fórmula comporta que a solución non é única e cerrada unha vez e para sempre. Polo contrario, en cada elección, sinala o artigo 162.4 da LOREX que “o decreto de convocatoria debe especificar o número de deputados que se van elixir en cada circunscrición, de acordo co disposto neste artigo”. É dicir, en cada proceso electoral teranse en conta as variacións de poboación habidas de conformidade co censo oficial de poboación. Na práctica, o intervalo oscila entre tres deputados elixidos nas provincias de menor poboación e os trinta e catro que elixe a provincia máis poboada, neste caso Madrid.

A Constitución, no artigo 68, sinala un prazo para o mandato do Congreso, tanto colectiva como individualmente. A duración dunha lexislatura é un elemento político de primeiro nivel que incide directamente na propia importancia da Cámara.

A determinación do mandato representativo exige distinguir entre a relación representativa e a función representativa.

- A primeira, ao estar directamente vinculada á elección que lle serve de base, pode darse por iniciada desde que o deputado é elixido, isto é, desde o propio día da elección. De aí que este sexa o momento inicial que adopta a Constitución para iniciar o cómputo dos catro anos que dura o mandato ("catro anos despois da súa elección...").
- Outra cousa é que, para poder exercer con propiedade a función representativa, o Regulamento do Congreso exixa o cumprimento dunha serie de requisitos cuxa satisfacción dá lugar á adquisición da condición plena de deputado (artigo 20.1 do RCD). Por iso, ben que o Regulamento precisa que "os dereitos e prerrogativas serán efectivos desde o momento mesmo en que o deputado sexa proclamado electo", o seu desfrute quedará suspendido cando o deputado non satisfaga os requisitos, transcorridas tres sesións plenarias desde que conseguise a condición de electo (artigo 20.2 do RCD).

O fin do mandato parlamentario, ademais de por causas diversas (falecemento, sentenza firme que así o estableza, renuncia etc.) sobrevén automaticamente transcorridos catro anos desde a elección (caducidade ordinaria) ou cando se disolva a Cámara (extinción anticipada). Como se verá máis adiante, a convocatoria de eleccións non supón automaticamente a extinción do mandato, que só se producirá se media, efectivamente, unha disolución.

En todo caso, convén recordar aquí que, como consecuencia do previsto no artigo 78.3 da CE, a extinción do mandato non afecta os membros da Deputación Permanente (tanto titulares como suplentes), que reterán o mandato e as súas funcións até a constitución do Congreso dos Deputados que resulte das eleccións. Esta decisión é lóxica se se ten en conta que é a propia Deputación Permanente a que garante a continuidade da institución parlamentaria.

O artigo 68.5 contén unha especificación para o Congreso dos Deputados do dereito de sufraxio contido en termos xerais no artigo 23 da Constitución. Este precepto, que non ten paralelo na regulación que para o Senado efectúa o artigo 69, é superfluo e extravagante, polo menos na súa situación constitucional. Non parece que existan razóns poderosas para que dentro do artigo 68 se sitúe un precepto que encontraría mellor acomodo no citado artigo 23 e que, en todo caso, aparece tamén previsto, en canto ao seu suposto de feito, no artigo 13.2.

É preciso destacar tamén que o propio Tribunal Constitucional, na súa STC 26/1990, deixou clara a distinción entre o elector e o votante. Así, o artigo 68.5 refírese á capacidade e non ao seu exercicio. Pódese ser elector e non votante, pero sempre haberá que ser elector para ser votante. Como sinala o Alto Tribunal, o concepto de “electores” enténdese “referido aos inscritos no censo con capacidade para votar” (STC/1990). Nas eleccións a Cortes Xerais poden votar todos os españois maiores de idade inscritos no censo electoral (tanto residentes en España como residentes no estranxeiro).

A outra cara da moeda do principio de temporalidade do poder antes indicado é o principio de continuidade e permanencia da institución lexislativa. Que periodicamente haxa que acudir ao titular do poder para que este elixa os seus representantes non quere dicir que haxa que facilitar a ausencia do poder lexislativo do escenario político e constitucional. A este problema dáselle resposta a través da Deputación Permanente.

O Constituínte, ao deseñar o modelo parlamentario na nosa Constitución, optou por articular un sistema bicameral. En todo caso, queda claro que os autores da Constitución se sentiron obrigados a xustificar a opción polo bicameralismo e fixérono buscando unha explicación ou fundamentación específica para o Senado.

Ao noso bicameralismo optouse por darlle unha fundamentación territorial, aproveitando o novo modelo de ordenación política que nese ámbito abrían tanto o artigo 2 como o propio título VIII. De aí a célebre expresión segundo a cal “o Senado é a Cámara de representación territorial”.

En 1978 o modelo territorial español non deixaba de ser un embrión en desenvolvemento que podería ter tomado variables moi distintas, todas elas perfectamente constitucionais. Por non haber non había nin un mapa autonómico deseñado na Constitución, que preferiu

optar polo principio dispositivo. De ahí que fose difícil descubrir o significado da representación territorial en 1978.

Por outra parte, convén recordar que o artigo 137 da Constitución sinala, polo menos, tres ámbitos ou niveis nos cales se distribúe o poder territorialmente, e de todos eles predica a autonomía. Municipio, provincia e comunidade autónoma serían así, polo menos en teoría, susceptibles de entenderse ao abeiro da expresión “representación territorial”. O que é máis, a base electoral fundamental do Senado segue sendo a provincia.

É dicir, aínda que poida haber unha idea xeral (e, polo tanto, imprecisa) sobre a vinculación entre representación territorial e comunidades autónomas, nin a Constitución o expresa con claridade nin é a única interpretación posible.

Afirmada a escuridade do concepto, pódese establecer outra vía de aproximación. Se o Senado é a Cámara de representación territorial, iso podería derivar da gran cantidade de competencias que a este respecto lle atribúe a propia Constitución.

Segundo Alba Navarro, será necesario determinar qué competencias atribuídas pola Constitución ao Senado xustifican a dita afirmación. Podemos pensar nas seguintes:

1. A atribución ao Senado de autorizar medidas extremas contra unha comunidade autónoma que incumpra os seus deberes constitucionais (artigo 155), que é destacable.
2. O procedemento dos convenios de prestación e xestión de servizos propios das comunidades autónomas (145.2) ou o relativo ao Fondo de Compensación Interterritorial (158.2), que comezan no Senado.

O artigo 69.2 sinala que en cada provincia se elixirán catro senadores. Loxicamente, hai que interpretar este precepto en relación cos demais números do artigo e, polo tanto, hai que entender que cando se fala de provincias a Constitución refírese exclusivamente ás provincias non insulares.

A opción pola provincia como circunscrición electoral denota, como se indicou anteriormente, unha falta de criterio claro sobre o alcance territorial da representación. Iso é tanto máis notorio canto que os senadores elixidos con base provincial ou insular representan aproximadamente catro quintas partes do total do Senado.

Unha vez feita a abstracción das características do sufraxio (universal, libre, igual, directo e secreto), que se poden ver no comentario do artigo 68, hai que sinalar que o factor territorial se podería percibir no feito de que cada provincia elixe o mesmo número de senadores independentemente da súa poboación.

As circunscricións insulares son outra mostra do “carácter territorial” que se quere ofrecer á representación no Senado e que está impreso no artigo 69.3. Este precepto parte da realidade insular como un “feito diferencial”, que xustifica un trato específico en forma de circunscrición específica.

Para estes efectos, e fronte ao carácter homoxéneo das provincias peninsulares, que elixen catro senadores independentemente da súa poboación ou extensión, as tres provincias arquipeláxicas aparecen fragmentadas en circunscricións insulares ou de agrupación de illas. Así:

- as tres illas maiores —Gran Canaria, Mallorca e Tenerife— elixen tres senadores cada unha,
- e as restantes illas ou agrupacións de illas, un.
- As circunscricións de Ceuta e Melilla reciben un tratamento concreto da Constitución.

O Constituínte quixo realizar unha regulación expresa da realidade específica que representa que Ceuta e Melilla sexan parte do territorio español. Estas cidades con estatuto de autonomía (estatuto que aínda non existía, loxicamente, cando se aproba a Constitución), obteñen así unha reafirmación da súa españolidade e unha representación máis que proporcional ao que significa a súa poboación. Quizás sexa este outro dos elementos da chamada “representación territorial”.

Respecto aos senadores designados polas comunidades autónomas, podemos destacar varios aspectos de interese:

1. A primeira cuestión interesante que hai que analizar é a relación representativa que achegan estes senadores. En efecto, dado que a súa designación provén da asemblea da comunidade autónoma, en varias ocasións se formulou o fundamento da relación representativa que subxace a este mandato. Fronte á elección directa

descrita con anterioridade, os senadores son designados por un órgano da comunidade autónoma: o Parlamento ou Asemblea. De aí que en varias credenciais achegadas por senadores designados se afirme que o son en representación dunha comunidade autónoma. Sen que iso deixe de ser certo, non o é menos que os designados o son por ser membros dun determinado grupo político ou, polo menos, por ser propostos por un deles. De feito, unha vez que os senadores designados se incorporan ao Senado, non existen diferenzas substanciais cos senadores electos e aqueles pasan a formar parte dos grupos parlamentarios constituídos arredor das forzas políticas de diverso signo. Por outra parte, convén recordar que a significación numérica destes senadores non é moi elevada se temos en conta que representan máis ou menos unha quinta parte da Cámara. Si é certo, non obstante, que determinados preceptos do Regulamento do Senado (por exemplo, o artigo 56 bis 1 do RS) lles atribúen unha posición específica para a participación en determinados órganos (por exemplo, a Comisión Xeral das Comunidades Autónomas).

2. A Constitución optou por fixar só os elementos básicos da designación destes senadores do artigo 69.5, mentres que remite a globalidade da súa regulación á normativa autonómica. Esta regulación, nalgúns casos, está plenamente contida no respectivo estatuto e, noutros, desenvólvese a través dunha lei da comunidade autónoma. A diversidade normativa orixina unhas diferenzas no réxime xurídico dos senadores designados cuxa análise exige unha pormenorizada travesía polo ordenamento autonómico. Tres son, non obstante, os elementos de carácter común garantidos na súa homoxeneidade pola Constitución: o número de senadores que designa cada comunidade autónoma, o órgano que os designa e a chamada a certo carácter proporcional na designación.

- En canto ao número de senadores que corresponde designar a cada comunidade autónoma, a Constitución fixa un parámetro lineal e outro variable. O lineal exige que cada comunidade conte, polo menos, cun senador pola vía do artigo 69.5. Este senador, cuxa designación é independente da poboación con que conta cada comunidade autónoma, só

poderán designalo as comunidades que teñan tal rango constitucional. É dicir, non teñen atribuída esta capacidade as cidades con estatuto de autonomía como Ceuta e Melilla ás que antes se facía referencia. Esta vía asegura, pois, dezasete senadores con carácter fixo.

Ademais, as comunidades autónomas designan outro senador máis por cada millón de habitantes do seu respectivo territorio. Esta variante implica que moitas comunidades que non chegan ao millón de habitantes só designan un senador.

Como o número de habitantes é un dato variable en función de diversas circunstancias, o artigo 165.4 da LOREX sinala que: “Para efectos da dita designación, o número concreto de senadores que corresponda a cada comunidade autónoma determinárase tomando como referencia o censo de poboación do dereito vixente no momento de celebrarse as últimas eleccións xerais ao Senado”. Ou o que é o mesmo, o número de senadores do artigo 69.5 queda conxelado no momento das eleccións ao Senado independentemente das alteracións que se poidan producir con posterioridade nos censos de poboación.

É necesario tamén destacar que o millón de habitantes a que se refire o artigo 69.5 debe ser completo. É dicir, as fraccións inferiores ao millón, por altas que sexan, non dan dereito a ningunha comunidade a elixir un senador. Dada a natural variabilidade do censo de poboación, o Senado, a diferenza do Congreso dos Deputados, non ten un número fixo e idéntico de membros en cada lexislatura, senón que este variará en función do criterio aquí exposto.

- A Constitución exige que os senadores autonómicos sexan designados pola asemblea lexislativa ou, na súa falta, polo órgano colexiado superior da comunidade autónoma. De feito, en todos os casos é o Parlamento autonómico o que vén designando e acreditando estes senadores de acordo co seu estatuto, co seu regulamento e, en caso de existir, coa lei autonómica que fixa o proceso de designación dos senadores. Precisamente, a posibilidade de que sexan os gobernos autonómicos e non os parlamentos os que designen os senadores é unha das cuestións que foron obxecto de debate como unha posible reforma do Senado.
- Ademais de respectar o número de senadores que corresponda designar, a única limitación constitucional que se lle exige á asemblea lexislativa é que respecte “a

adecuada representación proporcional”. Xa nos referimos á maleabilidade do concepto “proporcional” aplicado a un réxime electoral. Esta dificultade conceptual acentúase cando se pensa que, en moitos casos, se trata de repartir dous ou tres escanos soamente (claramente, a proporcionalidade é imposible cando só se designa un senador).

En varias comunidades, a lexislación autonómica resolveu o problema establecendo criterios claros e taxativos sobre as regras que corresponde aplicar para a designación de senadores. Cando isto non é así, xorden inevitables conflitos e interpelacións contrapostas sobre o que significa a “adecuada representación proporcional”. O Tribunal Constitucional, que tivo ocasión de se pronunciar ao respecto, xa sinalou (STC 40/1981) que “a adecuada «representación proporcional» exixida só poderá selo imperfectamente na marxe dunha discrecionalidade que a faga flexible, sempre que non altere a súa esencia. Será preciso, en todo caso, evitar a aplicación pura e simple dun criterio maioritario ou de mínima corrección”.

Dado que a normativa é basicamente autonómica, esta pode optar con absoluta lexitimidade por vincular o mandato senatorial co propio da asemblea autonómica ou, polo contrario, desvincular ambas as circunstancias. Esta opción, confirmada en canto á súa constitucionalidade polas STC 40/1981 e 76/1989, comporta que naqueles casos en que ambos os mandatos van unidos ou, por dicilo máis claro, en que o mandato autonómico é *conditio sine qua non* para acceder ao mandato material, a perda do primeiro comporta a perda do segundo. Así o recolle expresamente a lexislación autonómica e se prevé no artigo 18 f) do Regulamento do Senado.

Nestes casos, aínda que tamén nos demais, é o propio Parlamento o que designa quen debe facer constar ao Senado a perda da condición de senador.

A flexibilidade normativa implica tamén a diversidade na duración do mandato. Así, existen:

1. Casos en que o mandato se vincula á lexislatura do Senado (caso da Comunidade Autónoma de Galicia),
2. E casos en que o mandato se vincula á lexislatura autonómica (caso da

Comunidade Autónoma do País Vasco).

1.3 Funcións das Cortes Xerais. A función de control do Goberno.

A Constitución, unha vez feita a afirmación básica sobre o carácter representativo das Cortes Xerais, pasa, no artigo 66.2, a determinar as funcións esenciais do Parlamento.

1. *Función legislativa*

Non é casual que na orde de funcións a primeira sexa a potestade legislativa do Estado. Non en balde é clásica a equivalencia entre Parlamento e poder legislativo. Esta potestade, que se exerce nos termos do título III da Constitución e do Regulamento do Congreso dos Deputados e do Senado, necesita varias precisións.

O exercicio da potestade legislativa está sempre sometido á supremacía da Constitución. Doutro modo, as Cortes Xerais estarían exercendo *de facto* un poder constituínte para o cal non están habilitadas, salvo que exerzan as competencias e procedementos do título X da Constitución (así o expresa no caso LOAPA a STC 76/1983, do 5 de agosto). Iso non impide a pluralidade de desenvolvementos legislativos do texto constitucional (Cf. STC 194/1989, do 16 de novembro).

A potestade legislativa non é exclusiva das Cortes Xerais. O Goberno pode chegar a exercela:

- ben por delegación das propias Cortes (artigo 82),
- ben como consecuencia do despregamento de competencias propias (artigo 86), a través de decretos lei.

Aínda así, fronte ao carácter amplo da potestade legislativa das cámaras, que só encontra o seu límite na propia Constitución, o Goberno ten atribuída a súa competencia no marco de condicións limitadas e sometidas, en todo caso, a unha ulterior validación do Congreso dos Deputados.

2. *Función orzamentaria*

A nosa Constitución atribúe ás Cortes Xerais a competencia de aprobar os orzamentos. Unha vez superada a vella polémica da doutrina alemá sobre a natureza xurídica das leis de orzamentos (lei formal/lei material), é evidente que estes teñen unha natureza

claramente lexislativa e teñen forza de lei (véxase STC 63/1986, do 21 de maio e 76/1992, do 14 de maio). Non obstante, tal e como esta última sentenza se ocupa de lembrar, “o Parlamento aproba os orzamentos xerais que o Goberno elabora (artigo 134.1 da CE) no exercicio dunha función específica desdobrada da xenérica potestade lexislativa...”.

Para isto, o exercicio da potestade orzamentaria está sometido a requisitos e condicións moi específicas (véxase artigo 134) e o seu descoñecemento ou terxiversación levaría a determinar un uso ilexítimo desta potestade (véxase STC 3/2003, do 16 de xaneiro). Se o exercicio desta o efectúan as cámaras de conformidade cos regulamentos parlamentarios, a disciplina substancial dos orzamentos encontrámola na Lei xeral orzamentaria.

3. Función de control

Controlar a acción do Goberno é, tal e como se sinalou, unha atribución competencial directamente derivada do carácter de réxime parlamentario consagrado na nosa Constitución (artigo 1.3). O Goberno nace, en última instancia, da confianza do Congreso dos Deputados (artigo 99) e debe manter esta confianza durante o exercicio da súa función.

Esta relación de confianza non se detén na investidura do presidente do Goberno, senón que permite e xustifica que o Parlamento vixie e controle a acción do Executivo, xa que este responde solidariamente na súa xestión política ante o Congreso dos Deputados (artigo 108).

Non obstante, a potestade de control non é exactamente a de determinar a súa responsabilidade. De feito, mentres que esta última é do Congreso dos Deputados, tal e como se sinalou, a función de control é das Cortes Xerais, tamén do Senado. Para isto, a Constitución establece no seu título V unha serie de mecanismos constitucionais (preguntas, interpelacións, peticións de información etc.), que os regulamentos parlamentarios se ocuparon de desenvolver *in extenso*. A función de control é tan importante para o correcto desenvolvemento da dinámica constitucional que, en relación coas preguntas e interpelacións, a propia Constitución, no seu artigo 111.1, ordena de maneira taxativa que “para esta clase de debate, os regulamentos establecerán un tempo mínimo semanal”.

As preguntas e as interpelacións permiten, como queda dito, obter información e explicación sobre as distintas cuestións responsabilidade do Goberno. Ambas están asociadas ao control do Parlamento sobre o Goberno. Son procedementos característicos do sistema parlamentario e de claro valor democrático.

Por outro lado, as mocións son acordos sen carácter normativo, consistentes na expresión dun mandato ou dunha aspiración dunha Cámara para que o Goberno actúe nun determinado sentido.

Trátase dunha figura xenérica e que, segundo os países, se coñece con nomes diversos: mocións, proposicións non de lei, ordes do día, resolucións, recomendacións, etcétera. En todo caso, caracterízanse por seren decisións dunha soa Cámara, que se perfeccionan pola súa mera adopción, sen necesidade de sanción ou promulgación. Non se integran nin son parte do dereito positivo. En consecuencia, carecen da forza de obrigar das leis e non se poden invocar ante terceiros.

A través da constitucionalización das mocións ordinarias non se pretende establecer unha canle adicional para exixir responsabilidade política ao Goberno. Só a aprobación dunha moción de censura ou a perda polo Goberno dunha cuestión de confianza obriga a este a dimitir (artigo 114). A simple aprobación dunha moción contraria á postura governamental non comporta esta sanción.

Non obstante, a aprobación dunha moción discordante coa posición do Goberno pode deixar a este en situación desairada que o leve voluntariamente a dimitir, no uso da facultade contida no artigo 101.1. Esta dimisión —repetimos— nunca será obrigada xuridicamente, pero poderá ser adoptada libremente polo presidente do Executivo cando considere que o resultado da votación deixa o Gabinete nunha situación precaria.

O Regulamento do Congreso dos Deputados regula separadamente dúas figuras:

- as proposicións non de lei (artigo 193-195), que non son outra cousa que mocións desligadas de toda interpelación previa,
- e as mocións propiamente ditas, que son as presentadas como conclusión do debate dunha interpelación previa (artigo 184).

Sen dúbida, o desexo de ser respectuosos coa previsión do artigo constitucional estudado

explica o matiz diferencial. Pero que entre as dúas figuras non existe diferenza básica revéla o feito de que o artigo 184.3 se remite ao réxime das proposicións non de lei para o debate e votación das mocións.

Pola súa parte, o Regulamento do Senado de 1982 mantén a favor do interpelante a facultade de presentar unha moción (artigo 173.2). De non se establecer unha norma peculiar para o efecto, estas mocións deben tramitarse conforme as normas xerais deste tipo de actos parlamentarios.

4. Outras funcións

Unha vez perfiladas as funcións “típicas” ou clásicas, o texto constitucional utiliza unha fórmula prudente de peche ao sinalar que corresponden ás Cortes Xerais “as demais competencias que lles atribúa a Constitución” (artigo 66.2).

Baixo esta determinación xenérica pódense englobar funcións importantes que a propia Constitución atribúa ás Cámaras. A maneira de exemplo e sen afán de ser exhaustivos, pódense sinalar:

- as relacionadas coa reforma constitucional (artigo 167 a 169),
- as de designación ou proposta de membros doutros órganos constitucionais (artigo 122.2, artigo 159) ou de importancia constitucional (artigo 54);
- ou todas aquelas competencias relacionadas coa Coroa (artigo 57.3; 57,4; 59.2; 59.3; 60.1; 61.1; 61.2 e 61.3).

Cuestión interesante é que este cúmulo de competencias teñen que estar situadas no ámbito da propia Constitución. Iso implica que a autoatribución polas Cortes Xerais de potestades ou competencias atribuídas pola Constitución a outros órganos constitucionais non é en absoluto conforme co texto fundamental (véxase, neste sentido, a STC 76/1983 do 5 de agosto). Esta actuación significaría, a xuízo do Alto Tribunal, tanto como colocarse en posición de poder constituínte alterando a repartición competencial de funcións realizada pola propia Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- **Las Cortes Generales ante los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado**

Luis María Cazorla Prieto. Revista de las Cortes Generales, ISSN 0213-0130, N.º 3, 1984, páx. 51-86.

- **La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno**

Manuel Sánchez de Dios. Política y sociedad, ISSN 1130-8001, N.º 20, 1995, páx. 35-52.

- **Una aproximación a los instrumentos de control parlamentario en la Constitución Española de 1978**

Carlos Hakansson Nieto. Díkaion: revista de actualidad jurídica, ISSN 0120-8942, N.º 12, 2003.

- **La función de control en el Parlamento de Galicia**

Alan Bronfman Vargas. Santiago de Compostela: Parlamento de Galicia, 2003. ISBN 84-9750-138-1.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

(Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo)

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

TEMA 7

PROCEDEMENTO DE ELABORACIÓN E APROBACIÓN DAS LEIS. ÓRGANOS DE CONTROL DA ADMINISTRACIÓN: O TRIBUNAL DE CONTAS, O DEFENSOR DO POBO. A ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AO CONSELLO DE ESTADO.

TEMA 7. PROCEDEMENTO DE ELABORACIÓN E APROBACIÓN DAS LEIS. ÓRGANOS DE CONTROL DA ADMINISTRACIÓN: O TRIBUNAL DE CONTAS, O DEFENSOR DO POBO. A ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AO CONSELLO DE ESTADO.

Índice

1. Procedemento de elaboración e aprobación das leis.
 - 1.1. O procedemento lexislativo ordinario.
 - 1.2. Procedementos lexislativos especiais.
2. Órganos de control da Administración: o Tribunal de Contas.
 - 2.1. Natureza e funcións reguladas no art. 136 da CE.
 - 2.2. Organización e competencias.
 - 2.3. As funcións do Tribunal de Contas.
 - 2.3.1. A función fiscalizadora.
 - 2.3.2. A función xurisdiccional.
 - 2.4. Os procedementos fiscalizadores e xurisdicionais
 - 2.5. Os órganos de control externo das comunidades autónomas.
3. O Defensor do Pobo.
 - 3.1. Natureza.
 - 3.2. Nomeamento e organización
 - 3.3. Funcións.
 - 3.4. Institucións análogas das comunidades autónomas.
4. A Administración consultiva: especial referencia ao Consello de Estado.
 - 4.1. A Administración consultiva.
 - 4.2. O Consello de Estado.
 - 4.2.1. Natureza e réxime xeral.

4.2.2. Organización.

4.2.3. Competencias.

1. Procedemento de elaboración e aprobación das leis

Despois de estudar no tema anterior as distintas formas de exercer a iniciativa lexislativa previstas no artigo 87 da CE, abórdase agora o procedemento de elaboración e aprobación das leis nas Cortes españolas.

1.1. O procedemento lexislativo ordinario.

A discusión por parte dunha Cámara dun texto legal desenvólvese en varias fases, entre as que se contan, polo xeral, a de presentación de emenda, o estudo destas por parte dunha ponencia que elabora un informe e a discusión e votación do devandito informe e das emendas pola comisión ou o Pleno correspondente.

Unha vez aprobado o texto do proxecto ou proposición de lei polo Congreso, o seu presidente remíteo ao do Senado. Esta Cámara dispón dun prazo de dous meses -vinte días nos declarados urxentes polo Goberno ou polo propio Congreso- para opor o seu veto ou para propor emendas. En ambos os dous casos é igual que no Congreso, primeiro ten lugar unha lectura en comisión (da que se prescinde cando non se presentaron emendas, art. 107.3 do RS) e logo outra en Pleno, ambas as dúas deben desenvolverse no citado prazo constitucional de dous meses. Na definitiva lectura de Pleno, o veto necesita a maioría absoluta da Cámara para ser aprobado (art. 90.2 da CE).

Se o Senado non veta nin modifica o texto enviado polo Congreso, este queda xa preparado para o seu sometemento á sanción real.

Se o Senado non está conforme co texto aprobado polo Congreso, ten, como vimos, dúas posibilidades, a interposición de veto ou a aprobación de emendas que modifiquen o texto.

Interposición de veto. Se o Senado interpón o seu veto, para o cal, como se dixo, necesita maioría absoluta na votación do Pleno, o texto volve ao Congreso. A Cámara baixa dispón entón dunha dobre opción: pode superar o veto do Senado e aprobar o proxecto ou proposición de lei mediante a mesma maioría absoluta exigida ao Senado para opolo ou, simplemente, pode deixar transcorrer dous meses e ratificar por maioría simple o texto

inicial que remitiu ao Senado; en ambos os dous casos o texto definitivo é idéntico ao que aprobou o Congreso.

Aprobación de emendas. Se o Senado, en cambio, se limitou a formular emendas, o Congreso só está obrigado a pronunciarse sobre estas, aceptándoas ou rexeitándoas por maioría simple.

Unha vez finalizada a tramitación parlamentaria e fixado xa, por conseguinte, o texto da lei, debe aínda cumprir os requisitos da sanción e a promulgación por parte do monarca e, finalmente, a súa publicación no *Boletín Oficial del Estado*.

1.2. Procedementos lexislativos especiais.

Pode falarse de dous tipos de procedementos especiais. En primeiro lugar encóntranse os procedementos lexislativos especiais que a propia Constitución asocia a un determinado tipo de normas. Son os procedementos constitucionalmente previstos para a aprobación das leis orgánicas, os decretos lei, a reforma constitucional, os estatutos de autonomía ou a súa reforma e, en fin, as leis de orzamentos. Tamén poden mencionarse aquí, malia que non constitúan procedementos lexislativos, os de aprobación de tratados internacionais considerados nos artigos 93 e 94, posto que supoñen, en definitiva, procedementos parlamentarios para a incorporación dunha norma ao ordenamento xurídico.

Por outro lado están os procedementos especiais previstos pola Constitución ou polos regulamentos das Cámaras, de forma xenérica e non asociados, en principio, a ningún tipo especial de norma nin a ningunha materia. Son variantes respecto ao procedemento lexislativo ordinario antes visto e que poden aplicarse tamén, nalgúns casos, aos procedementos especiais vinculados a normas específicas mencionados no parágrafo anterior. Estes procedementos son: o procedemento de lectura única en Pleno, o procedemento de aprobación íntegra en comisión e o procedemento de urxencia.

a) O procedemento de lectura única en Pleno é de exclusiva previsión regulamentaria, xa que non está expresamente recollido na Constitución. É un procedemento destinado a proxectos ou proposicións de lei que, pola súa sinxeleza ou outras razóns (como pode ser o alto grao de consenso para a súa aprobación entre as forzas parlamentarias) aconsellen unha única lectura (debate e votación) no Pleno da Cámara, sen necesidade de debate e

votación en comisión. O Regulamento do Congreso recólleo no seu artigo 150 e o do Senado no 129. En ambos os dous casos, a decisión de seguir este procedemento corresponde ao propio Pleno, por proposta da Mesa e oída a Xunta de Voceiros.

b) En segundo lugar, tamén cabe que a tramitación completa teña lugar na comisión correspondente, evitando o paso polo Pleno. Ao contrario do que sucede co procedemento anterior, é a propia Constitución a que considera esta posibilidade, o que se debe a que constitúe unha modalidade excepcional do exercicio por parte das Cortes da potestade lexislativa, xa que a atribución desta potestade ás Cortes (art. 66.2 da CE) debe entenderse ás Cámaras en Pleno. Por iso, o artigo 75.2 da CE cualifica a tramitación íntegra en comisión como unha delegación do Pleno nas comisións lexislativas permanentes, delegación que é revogable en calquera momento. Ademais, quedan excluídos deste procedemento especial os proxectos ou proposicións que versen sobre reforma constitucional, sobre cuestións internacionais, as leis orgánicas e os orzamentos xerais do Estado (art. 75.3 da CE).

c) Finalmente, o procedemento de urxencia supón só un acurtamento dos prazos das diversas fases da tramitación. No Congreso dos Deputados supón a redución á metade dos prazos regulamentarios (art. 94 do RC) e no Senado só conta con vinte días naturais, no canto de dous meses, para emendalo ou vetalo (art. 90.3 da CE).

2. O Tribunal de Contas.

2.1. Natureza e funcións reguladas no artigo 136 da CE.

a) A Constitución configura o Tribunal de Contas como "o supremo órgano de control das contas do Estado e de todo o sector público" (art. 136.1 da CE).

O ámbito, pois, da súa xurisdición, esténdese non só ao Estado e demais entes que o forman, senón ás comunidades autónomas e corporacións locais, sen prexuízo das cales puiden existir unha dicotomía en canto á dita censura na medida en que o tribunal de contas da comunidade autónoma tamén fiscaliza as contas da comunidade e das entidades locais do seu ámbito territorial. Isto é independente da reserva a favor do Tribunal de Contas do reino da facultade de atraelas ao seu coñecemento directo e sen menoscabo do pleno exercicio das súas funcións xurisdicionais respecto destas

administracións.

Ademais do anterior, tamén se estende a xurisdición do Tribunal de Contas ás entidades e persoas que manexen fondos municipais ou provinciais por calquera concepto.

b) Engade o artigo 136.1 que "dependerá directamente das Cortes Xerais e exercerá as súas funcións por delegación destas no exame e na comprobación da conta xeral do Estado".

Trátase dun órgano designado polas Cortes e conta con independencia funcional no exercicio da súa competencia de control contable en todo o ámbito público. A súa composición, organización e funcións foron desenvolvidas, por mandato do artigo 136.4 da CE, pola Lei orgánica 2/1982, do Tribunal de Contas (LOTIC).

c) O artigo 136.2 da CE dispón que "as contas do Estado e do sector público estatal se renderán ao Tribunal de Contas e serán censuradas por este".

"O Tribunal de Contas, sen prexuízo da súa propia xurisdición, remitirá ás Cortes Xerais un informe anual no cal, cando proceda, comunicará as infraccións ou responsabilidades en que, ao seu xuízo, se incorrese".

d) E o número 3 do mesmo artigo reza: "Os membros do Tribunal de Contas gozarán da mesma independencia e inamovibilidade e estarán sometidos ás mesmas incompatibilidades que os xuíces".

2.2. Organización e competencias.

A composición e organización do Tribunal de Contas regúlase no título II da Lei orgánica 2/1982, do 12 de maio, concretamente nos artigos 19 ao 28. Complementa esta lei a 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas, norma de carácter ordinario. Os órganos do Tribunal de Contas son os seguintes:

- a) O presidente.
- b) O Pleno.
- c) A Comisión de Goberno.
- d) A Sección de Fiscalización.
- e) A Sección de Axuizamento.

f) Os conselleiros de contas.

g) A Fiscalía.

h) A Secretaría Xeral.

A. O presidente.

É o órgano superior do Tribunal; exercerá as atribucións de xefatura e representación do Tribunal. O artigo 20 enumera as seguintes:

- Representar o Tribunal.
- Convocar e presidir o Pleno e a Comisión de Goberno con voto de calidade.
- A xefatura superior de persoal do Tribunal e as funcións de nomeamento, contratación, goberno e administración en xeral.
- A disposición e xestión de gastos e contratación de bens, obras, etc.
- As demais que lle recoñeza a lei e resolver os demais problemas de carácter governativo non asignados a outros órganos do Tribunal.

B. O Tribunal en Pleno.

O Tribunal en Pleno estará integrado por doce conselleiros de contas, uns dos cales será o presidente e o fiscal. O quórum para a constitución válida do Pleno será o de dous terzos dos seus compoñentes e os seus acordos serán adoptados por maioría de asistentes.

Correspóndelle ao Pleno:

- a) Exercer a función fiscalizadora.
- b) Formular os conflitos que afecten as competencias ou atribucións do Tribunal.
- c) Coñecer dos recursos de alzada contra as resolucións administrativas ditadas por órganos do Tribunal.
- d) Aprobar e modificar os regulamentos do Tribunal de Contas.
- e) As demais funcións que se determinen na Lei de funcionamento do Tribunal de Contas.

C . A Comisión de Goberno.

Quedarán constituída polo presidente e os conselleiros de contas presidentes de sección.
Correspóndelle:

- Establecer o réxime de traballo de persoal.
- Exercer a potestade disciplinaria nos casos de faltas moi graves respecto do persoal ao servizo do Tribunal.
- Distribuír os asuntos entre as seccións.
- Nomear os delegados instrutores.

As demais facultades que lle correspondan conforme a lei.

D. A Sección de Fiscalización.

Ten como labor a verificación da contabilidade das entidades do sector público e o exame e a comprobación das contas que se deben someter á fiscalización do Tribunal. Organizarase en departamentos sectoriais e territoriais á fronte de cada un dos cales estará un conselleiro de contas. O fiscal designará os avogados fiscais adscritos a cada departamento.

E. A Sección de Axuizamento.

Organizarase en salas, integradas por un presidente e dous conselleiros de contas e asistidas por un ou máis secretarios.

As salas coñecerán das apelacións contra as resolucións en primeira instancia ditadas polos conselleiros de contas nos xuízos de contas, dos procedementos de reintegro por alcance e dos expedientes de cancelación de fianzas e, en instancia ou por vía de recurso, dos asuntos que determine a Lei de funcionamento do Tribunal.

F. Compételles aos conselleiros de contas:

Na forma que determine a Lei de funcionamento, a resolución en primeira ou única instancia dos seguintes asuntos:

- Os xuízos das contas.
- Os procedementos de reintegro por alcance.
- Os expedientes de cancelación de fianzas.

G. A Fiscalía do Tribunal de Contas.

Dependente funcionalmente do fiscal xeral do Estado, quedará integrada polo fiscal e os avogados fiscais.

H. A Secretaría Xeral.

Desempeñará as funcións conducentes ao exercicio adecuado das competencias gobernativas do presidente do Pleno e da Comisión de Goberno en todo o relativo ao réxime interior do Tribunal de Contas.

Membros do Tribunal de Contas.

Para o exercicio das súas funcións disporá dos membros seguintes:

- a) Presidente: nomeado polo rei por proposta do Pleno por tres anos.
- b) Conselleiros: seis polo Congreso e seis polo Senado, por nove anos entre censores do propio Tribunal, censores xurados de contas, maxistrados e fiscais, profesores de universidade, funcionarios públicos de corpos con titulación superior e avogados, economistas ou profesores mercantís de prestixio e con 15 anos de profesión.
- c) Os presidentes das seccións de Fiscalización e Axuizamento serán designados polo Tribunal entre os conselleiros de contas por proposta do Pleno.
- d) O fiscal pertencerá á carreira fiscal e nomearao o Goberno.

Non poderán ser conselleiros de contas os que fosen nos dous anos anteriores:

- a) Autoridades ou funcionarios que manexasen, interviñesen ingresos ou gastos do sector público.
- b) Altos cargos de organismos autónomos e sociedades do sector público.
- c) Perceptores das subvencións con cargo a fondos públicos.
- d) Particulares que excepcionalmente manexasen caudais públicos.

Non poderán ser removidos o presidente nin os conselleiros senón por:

- a) Esgotamento do seu mandato.
- b) Renuncia aceptada polas Cortes.

c) Incapacidade, incompatibilidade ou incumprimento grave dos seus deberes.

2.3. As funcións do Tribunal de Contas: a función fiscalizadora e xurisdicional.

Son funcións propias do Tribunal de Contas:

- A fiscalización externa, permanente e consuntiva da actividade económico-financeira do sector público.
- O axuizamento da responsabilidade contable en que incorran os que teñan ao seu cargo o manexo de caudais ou efectos públicos.

2.3.1. A función fiscalizadora do Tribunal de Contas.

A función fiscalizadora do Tribunal de Contas referirase ao sometemento da actividade económico-financeira do sector público aos principios de legalidade, eficiencia, economía, transparencia, así como á sustentabilidade ambiental e á igualdade de xénero. O Tribunal de Contas exercerá a súa función en relación coa execución dos programas de ingresos e gastos públicos.

Esta fiscalización concrétese:

- a) En xeral: exame da conta xeral das distintas administracións públicas no prazo de seis meses desde a súa rendición.
- b) En particular: os contratos asinados pola Administración do Estado e demais entidades do sector público nos casos establecidos ou cando o considere necesario ou conveniente o Tribunal.

Os créditos extraordinarios e suplementos de crédito, así como as incorporacións, ampliacións, transferencias e demais modificacións dos créditos orzamentarios.

Exporanse os resultados da fiscalización por medio de informes ou memorias nos cales se farán constar cantas infraccións, abusos ou prácticas irregulares observase con indicación da responsabilidade en que ao seu xuízo se incorrese e das medidas para exixila.

O informe ou memoria anual conterá a análise da conta xeral do Estado e das demais do sector público e estenderase:

- a) Á observación da Constitución e das leis de ingresos e gastos e, en xeral, das normas que afecten a actividade económico-financeira deste.

- b) Ao cumprimento das previsións en execución dos orzamentos do Estado, das comunidades autónomas, corporacións locais e demais entidades suxeitas ao réxime orzamentario público.
- c) Á racionalidade na execución do gasto.
- d) Á execución dos programas de actuación, investimentos e financiamento das sociedades estatais e dos demais plans ou previsións que rexan a actividade das empresas públicas, así como ao emprego ou á aplicación das subvencións con cargo a fondos públicos.

2.3.2. A función xurisdiccional ou axuizamento contable.

O axuizamento contable exerceuse respecto das contas que deban render os que recaden, interveñan, administren, custodien, manexen ou utilicen bens caudais ou efectos públicos. Este esténdese aos alcances de caudais ou efectos públicos, así como ás obrigas accesorias constituídas en garantía da súa xestión. Non corresponderá á xurisdición contable o axuizamento:

- a) Dos asuntos atribuídos á competencia do Tribunal Constitucional.
- b) Das cuestións sometidas á xurisdición contencioso-administrativa.
- c) Dos feitos constitutivos de delito ou falta.
- d) Das cuestións de índole civil, laboral ou doutra natureza encomendadas ao coñecemento dos órganos do poder xudicial.

Esta xurisdición é necesaria, improrrogable, exclusiva e plena e estenderase, para os únicos efectos da súa función, ao coñecemento e decisión nas cuestións prexudiciais e incidentais, salvo as de carácter penal, que constitúan elemento previo necesario para a declaración de responsabilidade contable e estean relacionadas con ela directamente. A decisión que se pronuncie non producirá efectos fóra do ámbito da xurisdición contable. Esta xurisdición é compatible respecto duns mesmos feitos co exercicio da potestade disciplinaria e coa actuación da xurisdición penal. Cando os feitos foren constitutivos de delito, a responsabilidade civil será determinada pola xurisdición contable no ámbito da súa competencia. Non obstante, algunha sentenza do Tribunal Constitucional manifestouse en contra de que uns mesmos feitos poidan dar lugar a sancións de distinto tipo,

disciplinaria, penal e contable.

O obxecto deste tipo de axuizamento é depurar as responsabilidades contables. O título IV da LOTC regula esta materia e nel tipifícase a responsabilidade contable como os actos ou omisións contrarios á lei que orixinen menoscabo dos caudais públicos, cuxa comisión obriga á indemnización dos danos e prexuízos causados.

A responsabilidade pode ser directa ou subsidiaria.

Son responsables directos os que executasen, forzasen ou inducisen a executar ou cooperar na comisión dos feitos ou participado con posterioridade para ocultalos ou impedir a súa persecución.

Toda persoa suxeita á obriga de render, xustificar, intervir ou aprobar contas que deixase de facelo no prazo marcado ou o fixese con graves defectos ou non solucionase os seus reparos, será compelida a iso mediante requirimento cominatorio do Tribunal de Contas.

Se o requirimento non for atendido no improrrogable prazo sinalado para o efecto, o Tribunal de Contas poderá aplicar as medidas seguintes:

- a) A formación de oficio da conta atrasada á custa do moroso, sempre que existisen os elementos suficientes para realizalo sen a súa cooperación.
- b) A imposición de multas coercitivas na contía que legalmente se estableza.
- c) A proposta a quen corresponda para a suspensión, a destitución, o cesamento ou a separación do servizo da autoridade, funcionario ou persoa responsable.

O Tribunal de Contas, se é o caso, pasará o tanto de culpa ao fiscal xeral do Estado polo delito de desobediencia.

A responsabilidade directa será sempre solidaria e comprenderá todos os prexuízos causados.

Son responsables subsidiarios os que por negligencia ou demora no cumprimento de obrigas atribuídas de modo expreso polas leis ou regulamentos desen ocasión directa ou indirecta a que os caudais públicos resulten menoscabados ou a que non poida conseguirse o resarcimento total ou parcial do importe das responsabilidades directas.

A exixencia de responsabilidades subsidiarias só procede cando non poidan facerse

efectivas as directas.

Respecto aos responsables subsidiarios, a contía da súa responsabilidade limitarase aos prexuízos que sexan consecuencia dos seus actos e poderá moderarse en forma prudencial e equitativa.

Quedarán exentos de responsabilidade os que actuaren en virtude de obediencia debida, sempre que advertisen por escrito a imprudencia ou ilegalidade da correspondente orde, coas razóns en que se funden.

Tampouco se exixirá responsabilidade cando o atraso na rendición, xustificación ou exame das contas e na solución dos reparos sexa debido ao incumprimento por outros das súas obrigas específicas, sempre que o responsable así o fixese constar por escrito.

Non haberá lugar á exixencia de responsabilidade subsidiaria cando se probe que o presunto responsable non puido cumprir as obrigas, cuxa omisión é causa daquela, cos medios persoais e materiais que tiver á súa disposición no momento de producirse os feitos.

Cando non existir imposibilidade material para o cumprimento de tales obrigas, pero o esforzo que se debese exixir ao funcionario para iso resultase desproporcionado polo correspondente á natureza do seu cargo, poderá atenuarse a responsabilidade.

Nos casos en que as responsabilidades mencionadas sexan exixibles conforme normas específicas en vía administrativa, a autoridade que acorde a incoación do expediente comunicaralla ao Tribunal de Contas, que poderá en calquera momento solicitar o coñecemento do asunto.

As resolucións que dite a Administración en que se declaren responsabilidades contables serán susceptibles de recurso ante o Tribunal de Contas e resoltas pola sala correspondente.

2.4. Os procedementos fiscalizadores e xurisdicionais

O procedemento fiscalizador regúlase no título V da lei orgánica, o cal dedica un capítulo a cada un dos procedementos.

En canto ao procedemento fiscalizador, a lei límitase a establecer que se impulsarán de

oficio en todos os seus trámites.

En canto aos procedementos xurisdicionais, establécese que os órganos do Tribunal de Contas que fosen competentes para coñecer dun asunto, serán para todas as súas incidencias e para executar as resolucións que ditaren. A competencia dos órganos da xurisdición contable non será prorrogable e poderá ser apreciada por estes, mesmo de oficio, logo de audiencia das partes.

Estarán lexitimados para actuar ante a xurisdición contable os que tiveren interese directo no asunto ou foren titulares de dereitos subxectivos relacionados co caso.

As administracións públicas poderán exercer toda clase de pretensións ante o Tribunal de Contas, sen necesidade de declarar previamente lesivos os actos que impugnen.

Será pública a acción para a exixencia da responsabilidade contable en calquera dos procedementos xurisdicionais do Tribunal de Contas. En ningún caso se exixirá a prestación de fianza ou caución, sen prexuízo da responsabilidade criminal ou civil en que puiden incorrer o que exerza a acción indebidamente.

Os funcionarios e o persoal ao servizo das entidades do sector público lexitimado para comparecer ante o Tribunal de Contas poderán selo por si mesmos e asumir a súa propia defensa.

A representación e defensa do Estado e dos seus organismos autónomos nas actuacións a que se refire a presente lei corresponderá aos avogados do Estado. A das comunidades autónomas, provincias e municipios corresponderá aos seus propios letrados, aos avogados que designen ou aos avogados do Estado.

As resolucións do Tribunal de Contas, nos casos e na forma que determina o seu funcionamento, serán susceptibles do recurso de casación e revisión ante o Tribunal Supremo.

2.5. Os órganos de control externo das comunidades autónomas.

Os órganos de control externo das comunidades autónomas coordinan a súa actividade coa do Tribunal de Contas mediante o establecemento de criterios e técnicas comúns de fiscalización que garantan a maior eficacia nos resultados e eviten a duplicidade nas actuacións fiscalizadoras.

Para os mesmos efectos, os órganos de referencia remitirán ao Tribunal de Contas, tan axiña como os teñan aprobados ou, se é o caso, dentro dos prazos legalmente establecidos, os resultados individualizados do exame, da comprobación e da censura das contas de todas as entidades do sector público autonómico, así como os informes ou memorias anuais sobre as súas respectivas contas xerais e os informes ou memorias, mocións ou notas en que se concrete a análise da xestión económico-financeira das entidades que integren o sector público autonómico ou das subvencións, créditos, avais ou outras axudas do devandito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias deberán remitirse acompañados dos antecedentes e do detalle necesario co obxecto de que o Tribunal de Contas poida examinalos, efectuar, de ser o caso, as ampliacións e comprobacións que considere necesarias e incorporar as súas propias conclusións, de resultar procedente, á memoria anual que remitirá ás Cortes Xerais ou ás asembleas legislativas das comunidades autónomas ou ás memorias extraordinarias.

O Tribunal de Contas, mediante acordo plenario, poderá solicitar dos órganos de fiscalización externa das comunidades autónomas a práctica de concretas funcións fiscalizadoras, tanto se se refiren ao sector público autonómico como ao estatal.

No caso de Galicia, o seu Consello de Contas é o ente fiscalizador das contas e da xestión económico-financeira do sector público galego e está previsto no Estatuto de autonomía de Galicia. A Lei de Galicia 6/1985, que regula a súa organización e funcionamento, foi modificada posteriormente pola Lei 4/1986, do 26 decembro. O inicio das súas actividades produciuse o primeiro de marzo de 1991, ao tomar posesión dos seus cargos os cinco conselleiros designados polo Parlamento de Galicia. Son órganos da institución o Pleno, o conselleiro maior, a Comisión de Goberno, as seccións de Fiscalización e Axuizamento e a Secretaría Xeral.

Como órgano estatutario que emana do Parlamento de Galicia, o Consello de Contas exerce as súas funcións con plena independencia e sometemento ao ordenamento xurídico, actúa de oficio, por petición do Parlamento de Galicia ou por delegación do Tribunal de Contas ou do Tribunal de Contas Europeo, cos cales, ademais, pode colaborar en tarefas fiscalizadoras. A función fiscalizadora do Consello de Contas comprende a

actividade económica, financeira e contable do sector público de Galicia, as subvencións, os créditos, as axudas, os avais e as exencións fiscais concedidas por aquel, así como os contratos subscritos polos entes públicos sinalados, todo iso con criterios de legalidade, eficacia, eficiencia e economía. Ten ademais encomendada a emisión dos ditames e das consultas que en materia de contabilidade pública e de xestión económica e financeira lle soliciten as institucións e os entes públicos.

O artigo 29 da Lei de funcionamento do Tribunal de Contas prevé os mecanismos concretos de coordinación. Entre estes cabe salientar: en primeiro lugar, o establecemento de criterios e técnicas comúns de fiscalización; en segundo lugar, a remisión ao Tribunal de Contas, por parte dos OCEX, dos exames e da censura das contas do sector público autonómico, así como dos informes ou memorias, mocións ou notas en que se concrete a súa actividade fiscalizadora; terceiro, a facultade do Tribunal de Contas de exame e supervisión dos informes antes referidos, así como a posibilidade de realizar as ampliacións e comprobacións que considere necesarias, así como de incorporar as súas propias conclusións, de resultar procedente, á memoria anual que remitirá ás Cortes Xerais ou ás asembleas lexislativas das comunidades autónomas.

Por último, o artigo 29.3 prevé a posibilidade de que o Tribunal de Contas encomende aos OCEX a práctica de concretas funcións fiscalizadoras, tanto se se refiren ao sector público autonómico como ao estatal.

Finalmente, ao tal artigo 29 engadíuselle un número 4 co artigo 22.1 da Lei 15/2014, do 16 de setembro, que dispón que nas comunidades autónomas que non establecesen órgano de control externo, o Tribunal de Contas poderá establecer seccións territoriais súas para o cumprimento das funcións propias.

A xurisprudencia constitucional, contida nas sentenzas 187/1988 e 18/1991, abordou esta materia e sinalou que o Tribunal de Contas é supremo, pero non único, cando fiscaliza, e único, pero non supremo, cando axuíza a responsabilidade contable. O primeiro inciso do parágrafo terceiro do fundamento xurídico 6º da Sentenza do Tribunal Constitucional 18/1991, antes citada, é especialmente clarificador cando sinala: "De acordo co dito máis arriba, a Constitución non exige que o Tribunal de Contas sexa o único órgano fiscalizador da actividade financeira pública, aínda que si que manteña unha relación de supremacía

fronte a outros órganos fiscalizadores. A existencia destes, pois, e a extensión das súas funcións a diversos ámbitos do sector público non transgride a repartición constitucional e estatutaria de competencias mentres dispoñan de habilitación estatutaria e non impidan a actividade fiscalizadora do Tribunal de Contas nos ditos ámbitos ou contradigan a posición de supremacía do Tribunal ao respecto".

3. O Defensor do Pobo.

3.1. Natureza.

A institución do Defensor do Pobo está considerada no artigo 54 da CE, no cal crea esta figura como alto comisionado das Cortes Xerais, designado por estas para a defensa dos dereitos comprendidos no título I, para cuxo efecto pode supervisar a actividade da Administración. A Constitución remítese a unha lei orgánica para a regulación do instituto, mandato cumprido coa LO 3/1981, do 6 de abril, do Defensor do Pobo (LODP).

A regulación constitucional cínquese a delimitar o perfil da institución, o cal configura como un órgano designado polas Cortes, ás cales debe dar conta periódica da súa actuación. A súa función consiste basicamente na supervisión da actividade da Administración para detectar posibles violacións dos dereitos recoñecidos no título I da CE e instar a rectificación das ditas condutas. Agora ben, o Defensor do Pobo é unha institución sen competencias executivas, senón que é só de persuasión, ben directamente ou ben a través dos seus informes ás Cortes Xerais. A súa proxección é, por tanto, máis política ou de opinión pública que xurídica.

3.2. Nomeamento e organización

O mandato do defensor do pobo é de cinco anos e é reelixible. O único requisito para acceder ao cargo é ser español maior de idade en plenitude de desfrute dos seus dereitos civís e políticos (art. 3 LODP). A súa designación corresponde ás Cortes a través dun complexo procedemento que exige maioría cualificada en ambas as dúas Cámaras (arts. 2.3, 4 e 5 LODP).

A lei outórgalle un status de plena independencia, xa que se libera de mandato imperativo ningún e concédeselle plena autonomía para o exercicio do cargo. Posúe tamén as prerrogativas parlamentarias de inviolabilidade por razón das opinións ou actos efectuados

no exercicio do cargo, de inmunidade, non poderá ser detido nin retido senón en caso de flagrante delito, e foro especial.

A institución organízase con dous adxuntos (primeiro e segundo), nos cales o defensor pode delegar e que o substitúen no exercicio do cargo en caso de imposibilidade temporal ou cesamento. O seu nomeamento corresponde ao propio defensor do pobo, aínda que debe contar coa conformidade das Cámaras. O Defensor do Pobo relaciónase coas Cortes mediante unha comisión mixta Congreso-Senado.

3.3. Funcións

O ámbito de competencia do Defensor do Pobo esténdese á actividade de toda autoridade, funcionario ou persoa que actúe ao servizo de calquera das administracións públicas. As actuacións do Defensor do Pobo poden iniciarse de oficio ou por instancia de calquera persoa natural ou xurídica que invoque un interese lexítimo, sen ningún tipo de limitación.

As queixas deben ser asinadas, excluíndo, por conseguinte, as de carácter anónimo, pero as actuacións son gratuítas, sen que se necesite representación nin asistencia letrada. Así pois, co único requisito formal da identificación do que acode ao Defensor do Pobo, o procedemento evita calquera formalismo e persegue a máxima accesibilidade á institución.

O Defensor do Pobo conta con facultades inspectoras e de investigación, que inclúen a obriga legal de todo poder público de prestarlle, con carácter preferente e urgente, a colaboración que precise para as súas investigacións. Iso supón a capacidade do Defensor do Pobo, ou de calquera membro da súa oficina en quen delegue, para comparecer en calquera centro da Administración pública ou dependente desta co obxecto de comprobar datos, facer entrevistas ou estudar expedientes ou documentación, cuxo exame non se lle pode denegar sequera, tratándose de documentos declarados secretos de acordo coa lei. Só se recolle como excepción que o Goberno, reunido en Consello de Ministros, acorde non remitir documentos declarados secretos. Fóra dalgunhas excepcións, o obstáculo da investigación por parte de calquera funcionario queda comprendido no delito de desobediencia (art. 24.2 LODP).

A natureza non executiva do Defensor do Pobo e o seu carácter de institución mediadora

orixinan que o seu labor de investigación posúa unha escasa operatividade inmediata. En efecto, a súa eficacia depende das xestións sobre a Administración investigada, da publicidade que decida dar aos resultados da súa investigación e da actuación parlamentaria inducida polos seus informes ás Cámaras.

Como resultado das súas indagacións, o Defensor do Pobo pode dirixirse por escrito ao funcionario responsable e ao seu superior xerárquico facéndolle constar o seu criterio sobre se a queixa foi orixinada polo abuso, arbitrariedade, discriminación, erro, neglixencia ou omisión da súa actuación. No escrito ao superior, o Defensor do Pobo pode formular as suxestións que considere oportunas (art. 23 LODP). En caso de ter coñecemento de feitos presuntamente delituosos, debe póllos en coñecemento do fiscal xeral do Estado. Igualmente, pode proporlle ao órgano competente da Administración pública a modificación dos criterios utilizados para ditar o acto ou a resolución que motivase a investigación (art. 28.1 LODP).

Ademais, ao Defensor do Pobo cábelles suxerir ao órgano lexislativo ou á Administración competente a modificación daquelas normas cuxo cumprimento rigoroso puidese provocar, ao seu xuízo, situacións inxustas ou prexudiciais para os administrados (art. 28.2 LODP). Tamén pode formularlles ás autoridades e funcionarios das administracións públicas advertencias, recomendacións, recordatorios dos seus deberes legais e suxestións para a adopción de novas medidas. As autoridades e os funcionarios están obrigados a responder por escrito no prazo dun mes. Se non se produce unha medida acorde coas suxestións ofrecidas nun prazo razoable ou non se xustifican as razóns que a desaconsellan, o Defensor do Pobo pode informar á máxima autoridade do departamento afectado e, en último termo, incluír o asunto no seu informe anual, con mención dos nomes das autoridades e dos funcionarios que adoptasen tal actitude (art. 30 LODP).

Finalmente, a facultade máis relevante do Defensor do Pobo é a de interpor recursos de inconstitucionalidade e de amparo. Neste caso, é a propia Constitución, no art. 162.1 a) e b), a que lle atribuíu lexitimación para incoar ambos os dous procedementos. O Tribunal Constitucional parece terse inclinado por interpretar esta dobre lexitimación nun sentido literal e amplo, sen restrinxila ao ámbito da competencia do Defensor do Pobo, isto é, a defensa dos dereitos e liberdades fronte á actuación da Administración pública (STC

150/1990, caso da recarga do tres por cento).

O Defensor do Pobo debe informar a quen promove a súa actuación dos resultados desta, así como tamén a autoridade, funcionario ou dependencia administrativa sobre cuxa actuación se producise a indagación. Pero sobre todo, debe dar conta anualmente ás Cortes Xerais do labor realizado. Estes informes deben publicarse e é precisamente a publicidade unha das principais armas do labor do Defensor do Pobo fronte ás persoas ou organismos responsables das irregularidades detectadas, aínda que nos ditos informes non deban constar datos persoais salvo os supostos en que houberse actitude hostil ou entorpecedora da investigación. O Defensor do Pobo debe presentar o informe anual oralmente ante os plenos de ambas as dúas Cámaras.

3.4. Institucións análogas das comunidades autónomas

Con posterioridade á posta en marcha da institución, as comunidades autónomas foron creando así mesmo figuras análogas ao Defensor do Pobo, bautizadas con distintas denominacións e previstas con frecuencia nos seus propios estatutos, pero cun ámbito de actuación restrinxido á supervisión da Administración pública da propia comunidade autónoma. Iso non obstante, a competencia do Defensor do Pobo esténdese á supervisión da actividade das administracións públicas autonómicas. Así mesmo, os órganos similares das comunidades autónomas deben coordinar as súas funcións coas do Defensor do Pobo e este pode solicitar a cooperación daqueles. A Lei 36/1985 regula as relacións entre o Defensor do Pobo e as institucións autonómicas equivalentes e dota estas últimas de análogas prerrogativas ás que se atribuíron ao Defensor do Pobo. Ademais, establécese un réxime de cooperación entre o Defensor do Pobo e a figura autonómica para a supervisión da actividade da Administración autonómica e da local.

En Galicia creouse a figura do Valedor do Pobo de Galicia, mediante a Lei 6/1985, do 13 de agosto.

4. A Administración consultiva: especial referencia ao Consello de Estado.

4.1. A Administración consultiva.

Enténdese por Administración consultiva a que ten por finalidade asesorar, de forma independente e obxectiva, sobre determinadas materias que son sometidas á súa

consideración polos órganos do Goberno e da Administración. A Administración consultiva especialízase en determinadas materias ou sectores que delimitan o ámbito da súa competencia. Destácanse as seguintes administracións consultivas:

- a) O Consello Económico e Social, previsto no artigo 131.2 da Constitución española e regulado na Lei 21/1991, do 17 de xuño, de creación do Consello Económico e Social. Trátase dun órgano consultivo do Goberno en materia socioeconómica e laboral, formado por representantes das organizacións empresariais e sindicais, dos sectores agrario e pesqueiro, dos consumidores, das cooperativas, das sociedades laborais e un grupo de expertos. Destacan as funcións de emitir ditames sobre anteproxectos de lei e de regulamentos en materia socioeconómica e de elaborar estudos e informes nestas materias.
- b) O Consello de Estado, que é obxecto de especial consideración inmediatamente.
- c) A parte do Consello de Estado, as comunidades autónomas crearon os seus propios consellos consultivos. Nestes casos, o Tribunal Constitucional considerou que cando unha lei exige o ditame previo do Consello de Estado, este pode ser substituído polo do consello consultivo autonómico, sempre que estea asegurada a súa independencia, obxectividade e rigorosa cualificación técnica (STC 204/1992, do 26 de decembro). En Galicia, o seu consello consultivo foi creado pola Lei 9/1995, do 10 de novembro, e está regulado na actualidade pola Lei 3/2014, do 24 de abril.

4.2. O Consello de Estado.

4.2.1. Natureza e réxime xeral.

O artigo 107 da CE refírese ao Consello de Estado como "o supremo órgano consultivo do Goberno. Unha lei orgánica regulará a súa composición e competencia". O mandato constitucional levouse a cabo mediante a LO 3/1980, do 22 de decembro (LOCE, a partir deste momento). A modificación máis importante de tal lei orgánica foi pola Lei orgánica 3/2004, do 28 de decembro, que, entre outras cousas, incorporou os ex presidentes do Goberno como conselleiros natos con carácter vitalicio e creou como novo órgano do consello: a Comisión de Estudos. O Real decreto 1764/1980, do 18 de xullo, aproba o Regulamento orgánico do Consello de Estado.

O artigo 1 da LOCE dispón que exerce a función consultiva con autonomía orgánica e funcional para garantir a súa obxectividade e independencia de acordo coa Constitución e as leis.

E o artigo 2 sintetiza as seguintes normas xerais do Consello de Estado:

"1. No exercicio das súas funcións, o Consello de Estado velará pola observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico. Valorará os aspectos de oportunidade e conveniencia cando o exixan a índole do asunto ou o solicite expresamente a autoridade consultante, así como a maior eficacia da Administración no cumprimento dos seus fins.

2. O Consello de Estado emitirá ditame sobre cantos asuntos sometan á súa consulta o Goberno ou os seus membros.

A consulta ao Consello será preceptiva cando nesta ou noutras leis así se estableza, e facultativa nos demais casos. Os ditames do Consello non serán vinculantes, salvo que a lei dispoña o contrario.

Os asuntos en que ditaminase o Pleno do Consello de Estado non poderán remitirse a informe de ningún outro corpo ou órgano da Administración do Estado. Nos cales ditaminase a Comisión Permanente, só poderá emitir informe o Consello de Estado en Pleno.

Corresponderá en todo caso ao Consello de Ministros resolver naqueles asuntos en que, sendo preceptiva a consulta ao Consello de Estado, o ministro consultante disinta do parecer do Consello.

As disposicións e resolucións sobre asuntos con informe do Consello expresarán se se acordan conforme o ditame do Consello de Estado ou se afastan deste. No primeiro caso, usarase a fórmula «de acordo co Consello de Estado»; no segundo, a de «oído o Consello de Estado».

3. O Consello de Estado realizará por si ou baixo a súa dirección os estudos, informes ou memorias que o Goberno lle solicite e elaborará as propostas legislativas ou de reforma constitucional que o Goberno lle encomende. Poderá levar a cabo igualmente os estudos, informes ou memorias que xulgue oportuno para o mellor desempeño das súas funcións.

Na elaboración das propostas legislativas ou de reforma constitucional terá en conta os

objectivos, criterios e límites da reforma constitucional sinalados polo Goberno e poderá facer tamén as observacións que considere pertinentes sobre estes".

4.2.2. Organización.

O Consello de Estado actúa en Pleno, en Comisión Permanente ou en Comisión de Estudos. Tamén pode actuar en seccións conforme o seu regulamento orgánico.

A) Integran o Consello de Estado en Pleno: o presidente, os conselleiros permanentes, os conselleiros natos, os conselleiros electivos e o secretario xeral.

B) Compoñen a Comisión Permanente: o presidente, os conselleiros permanentes e o secretario xeral.

C) A Comisión de Estudos estará presidida polo presidente do Consello de Estado e integrada por dous conselleiros permanentes, dous natos e dous electivos, designados polo Pleno por proposta do presidente, así como polo secretario xeral. A designación será polo prazo que fixe o regulamento orgánico, sen prexuízo da súa posible renovación. Outro ou outros conselleiros poderán ser incorporados polo mesmo procedemento para tarefas concretas e de acordo co dito regulamento. A Comisión estará asistida por, polo menos, un letrado maior e polos letrados que se consideren necesarios en función das tarefas encomendadas, e poderá solicitarse igualmente a asistencia doutros corpos da Administración.

Os requisitos para desempeñar estes postos e o seu nomeamento recóllense nos artigos 6 e seguintes da LOCE.

4.2.3. Competencias.

O Consello de Estado, en Pleno ou en Comisión Permanente, poderá elevarlle ao Goberno as propostas que xulgue oportunas sobre calquera asunto que a práctica e experiencia das súas funcións lle suxiran.

O Consello de Estado en Pleno elevará anualmente ao Goberno unha memoria na cal, con ocasión de expor a actividade do Consello no período anterior, recollerá as observacións sobre o funcionamento dos servizos públicos que resulten dos asuntos consultados e as suxestións de disposicións xerais e medidas que se vaian adoptar para o mellor funcionamento da Administración.

O Consello de Estado en Pleno deberá ser consultado nos seguintes asuntos (indícanse os máis importantes):

- Anteprojectos de reforma constitucional, cando a proposta non sexa elaborada polo propio Consello de Estado.
- Anteprojectos de leis que deban ditarse en execución, cumprimento ou desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais e do dereito comunitario europeo.
- Projectos de decretos lexislativos.
- Dúvidas e discrepancias que xurdan na interpretación ou no cumprimento de tratados, convenios ou acordos internacionais nos cales España sexa parte.
- Problemas xurídicos que suscite a interpretación ou o cumprimento dos actos e resolucións emanadas de organizacións internacionais ou supranacionais.
- Reclamacións que se formalicen como consecuencia do exercicio da protección diplomática e as cuestións de Estado que revistan o carácter de controversia xurídica internacional.
- Anteprojectos de lei ou proxectos de disposicións administrativas, calquera que for o seu rango e obxecto, que afecten a organización, competencia ou funcionamento do Consello de Estado.
- Transaccións xudiciais e extraxudiciais sobre os dereitos da Facenda pública e o sometemento ou a arbitrase das contendas que se susciten respecto destes.

O artigo 22 da LOCE reserva outros asuntos á consulta da Comisión Permanente do Consello de Estado.

As comunidades autónomas poderán, por conduto dos seus presidentes, solicitar ditame do Consello de Estado, ben en pleno ou en Comisión Permanente, naqueles asuntos en que, pola especial competencia ou experiencia deste, o consideren conveniente.

O ditame será preceptivo para as comunidades autónomas que carezan de órgano consultivo propio nos mesmos casos previstos por esta lei orgánica para o Estado, cando asuman as competencias correspondentes (art. 24 LOCE).

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

INTERVENTOR E SECRETARIO-INTERVENTOR DA ADMINISTRACIÓN LOCAL

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

García Morillo e Espín Templado (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración), *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volumes, editorial Tecnos.

TEMA 8

**O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
ORGANIZACIÓN, COMPOSICIÓN E
ATRIBUCIÓNS. PRESUPOSTOS MATERIAIS E
PROCEDEMENTOS DOS RECURSOS ANTE O
TRIBUNAL. RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDADE, CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDADE E RECURSO DE
AMPARO.**

TEMA 8. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ORGANIZACIÓN, COMPOSICIÓN E ATRIBUCIÓNS. PRESUPOSTOS MATERIAIS E PROCEDEMENTOS DOS RECURSOS ANTE O TRIBUNAL. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDADE, CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDADE E RECURSO DE AMPARO.

ÍNDICE

1. O Tribunal Constitucional na Constitución e na súa lei orgánica.
2. Composición, designación, organización e funcións.
 - 2.1. Composición e designación.
 - 2.2. Organización.
 - 2.3. Funcións.
3. Presupostos materiais e procedementos dos recursos ante o tribunal.
 - 3.1. O control de constitucionalidade das normas con forza de lei: aspectos xerais.
 - 3.2. O recurso de inconstitucionalidade.
 - 3.3. A cuestión de inconstitucionalidade.
 - 3.4. O control previo de tratados internacionais.
 - 3.5. O recurso de amparo.

1. O Tribunal Constitucional na Constitución e na súa lei orgánica

Unha das notas máis características da Constitución é a de ser a vontade da súa eficacia no ordenamento xurídico como norma xurídica fundamental. En consecuencia, e como instrumento básico para afirmar esa eficacia, acolleu no seu seo o Tribunal Constitucional, regulado no seu título IX. O Tribunal Constitucional nace así como unha das pezas claves do sistema de organización e distribución do poder, cuxa función primordial é a de actuar como «intérprete supremo da Constitución» (artigo 1 da LOTC).

Os trazos máis importantes do modelo español de xustiza constitucional son os seguintes:

- a) En primeiro lugar, débese destacar que o Tribunal Constitucional encarna unha auténtica xurisdición, aínda que pola súa natureza e funcións non se incardine no seo do poder xudicial. O carácter xurisdiccional da súa función implica, entre outras cosas, que o Tribunal Constitucional é un órgano independente e sometido exclusivamente á Constitución e á súa lei orgánica, tal e como dispón o artigo 1 *in fine* desta.
- b) Estreitamente unida ao anterior, débese sinalar, como segunda característica da xurisdición constitucional, que veña atribuída a un órgano constitucional. Isto significa que o Tribunal Constitucional está configurado directamente pola Norma Fundamental, polo que o dito órgano forma parte do conxunto dos que son considerados «troncais para a configuración do modelo de Estado».
- c) A terceira característica que cómpre destacar da xurisdición constitucional é a da súa natureza concentrada, acorde co modelo de dereito comparado en que se inspira. Isto significa, fundamentalmente, que só o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade das normas con forza de lei. Esta nota é a que diferencia de maneira máis patente a xustiza constitucional europea do modelo de control de constitucionalidade difuso ou de *judicial review*, cuxa manifestación máis clara se dá nos Estados Unidos.
- d) A seguinte característica, relacionada co que se acaba de sinalar, radica en que o Tribunal Constitucional non é o único órgano que debe aplicar e interpretar a Norma Fundamental. A Constitución, en canto norma xurídica, vincula todos os poderes públicos e os cidadáns (artigo 9.1). Isto supón, por unha parte, que deben ser todos os órganos xurisdiccionais, de calquera orde, os que na súa actuación diaria apliquen e interpreten a Constitución, tal e como recorda o artigo 5.1 da LOPX. Pero é o Tribunal Constitucional o órgano encargado de unificar esa interpretación dado o seu carácter supremo na orde constitucional (artigos 123.1 da CE e 1 da LOTC). Proba manifesta desa posición encóntrase no xa citado artigo 5.1 da LOPX, que dispón que os xuíces e tribunais «interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e os principios constitucionais, conforme a interpretación destes que resulte das resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

e) A última característica do modelo de xustiza constitucional español é o da amplitude de competencias con que conta o Tribunal Constitucional. En efecto, a función de interpretar a Constitución que lle corresponde ao Tribunal Constitucional desenvólvea a través de distintos procedementos que, pola súa vez, están configurados atendendo aos diversos tipos de conflitos constitucionais que poden xurdir. Posteriormente farase referencia a cada unha das competencias; baste, de momento, a indicación sobre a súa amplitude, engadindo só que o Tribunal Constitucional as exerce sempre instado directa ou indirectamente polas persoas ou órganos en cada caso lexitimados, sen actuar nunca de oficio.

2. Composición, designación, organización e funcións do Tribunal Constitucional.

2.1 Composición e designación.

O artigo 159 da CE dispón que o Tribunal Constitucional se compón de doce membros; para a súa designación, a Norma Fundamental preveu a participación dos tres poderes do Estado, dando unha especial preponderancia ao poder lexislativo, emanación directa da vontade popular. En efecto, os doce maxistrados son nomeados polo rei por proposta dos seguintes órganos:

- Catro por proposta do Congreso dos Deputados.
- Catro por proposta do Senado.
- Dous por proposta do Goberno.
- Dous por proposta do Consello Xeral do Poder Xudicial.

Esta forma de designación podería facer pensar, nunha primeira lectura do artigo 159 da CE, que, en definitiva, a composición do Tribunal Constitucional deriva só e exclusivamente da maioría parlamentaria existente en cada momento, dado que dela depende, ademais do nomeamento dos oito maxistrados designados polas Cámaras, a composición do Goberno e do Consello Xeral do Poder Xudicial, órganos que designan o resto dos maxistrados. Non obstante, isto non é así.

Por unha parte, como o propio artigo 159 da CE establece, os oito maxistrados propostos polas Cortes deben selo cunha ampla maioría cualificada: tres quintos dos membros da respectiva Cámara. Por outra, o mandato dos maxistrados do Tribunal Constitucional é de nove anos. Isto supón que a súa elección non coincida coas lexislaturas, de maneira que non cabe establecer unha relación automática entre maioría parlamentaria e composición do Tribunal Constitucional. Esta falta de relación vese aínda acentuada por un terceiro correctivo introducido pola Constitución co obxecto da independencia da xurisdición constitucional: o Tribunal Constitucional non se renova de maneira global. Polo contrario, aínda que o mandato de todos os maxistrados é de nove anos, o órgano renóvase por terceiras partes; dito doutra maneira, cada tres anos catro membros do Tribunal deben ser renovados. Para estes efectos, considérase que os maxistrados designados polo Congreso forman un terzo, os catro designados polo Senado outro terzo, e os dous designados polo Goberno, xunto cos dous propostos polo Consello Xeral do Poder Xudicial, constitúen o último terzo.

Toda a configuración do Tribunal Constitucional conduce a intentar que os seus membros sexan designados cunha ampla marxe de consenso entre as forzas políticas máis representativas, de cara a unha maior lexitimación democrática e a un fortalecemento da institución.

Ademais, a Constitución exige para ser maxistrado do Tribunal Constitucional o cumprimento dos seguintes requisitos:

- Unha cualificación profesional: ser xurista. A Constitución, ademais, realiza un elenco das categorías básicas dentro das cales se deben escoller os membros do Tribunal Constitucional: maxistrados, fiscais, profesores de universidade, funcionarios públicos e avogados.
- Un mínimo de antigüidade: 15 anos de exercicio profesional.
- Exíxese «recoñecida competencia». A pesar da marxe de apreciación que esta exixencia deixa, non por isto é inútil, actuando, polo menos, como elemento persuasivo para aqueles que deben designar os maxistrados.

A Constitución e a LOTC esforzáronse en garantir a posición de independencia dos maxistrados do Tribunal Constitucional mediante un conxunto de regras moi similar ao que establece o estatuto dos membros do poder xudicial.

Este conxunto de regras pódese resumir como segue:

- En primeiro lugar, os maxistrados do Tribunal Constitucional están suxeitos aos principios de independencia e inmovilidade (artigo 159.5 da CE). Isto supón a imposibilidade de que sexan apartados do seu cargo ata o cumprimento do mandato de nove anos. As excepcións a estes principios son taxadas e similares ás dos xuíces e maxistrados do poder xudicial: incompatibilidade, incapacidade ou como consecuencia da exixencia de determinada responsabilidade civil ou penal (artigo 23 da LOTC).
- En segundo lugar, os maxistrados do Tribunal Constitucional encóntranse sometidos a un ríxido sistema de incompatibilidades moi similar ao dos membros da carreira xudicial (artigo 159.4 da CE). Este sistema tradúcese na prohibición para os maxistrados de desenvolver calquera outra actividade política, profesional, administrativa ou mercantil durante o exercicio das súas funcións, para permitir así a súa exclusiva dedicación ás tarefas do Tribunal. Non obstante, os maxistrados do Tribunal Constitucional poden militar en partidos políticos ou sindicatos, aínda que non ocupar cargos directivos ou empregos nas ditas organizacións, a diferenza dos membros da carreira xudicial.
- Como terceira medida para asegurar a independencia, a LOTC excluíu a posibilidade de reelección inmediata dos maxistrados, de forma que, unha vez terminado o prazo de nove anos, non poden ser designados de novo para o cargo. O motivo desta prohibición é evitar posibles «compromisos» tendentes a asegurar unha reelección.
- Por último, cómpre sinalar que os maxistrados do Tribunal Constitucional, como corolario da súa independencia, non poden ser perseguidos polas opinións expresadas no exercicio das súas funcións. Por outra parte, contan con foro especial para a exixencia de responsabilidade penal, xa que só a Sala do Penal do Tribunal Supremo pode axuizalos.

2.2. Organización do Tribunal Constitucional

Como se sinalou anteriormente, o Tribunal Constitucional está composto por doce membros. O órgano está presidido por un dos maxistrados que, dada a autonomía do órgano, é elixido polos maxistrados de entre eles, cada tres anos, e nomeado polo rei, sendo posible a reelección. Para a elección do presidente do Tribunal Constitucional exíxese a maioría absoluta dos votos dos maxistrados, nunha primeira votación, e abonda a maioría simple na segunda (artigo 9.2 da LOTC). Ao presidente correspóndenlle as tarefas propias do cargo: convoca e ordena as sesións do Pleno, ordena o traballo do Tribunal, exerce a súa representación, desempeña a xefatura administrativa, etc.

Existe, ademais, por previsión da LOTC, un vicepresidente, designado da mesma forma que o presidente (artigo 9.4). Ao vicepresidente correspóndelle substituír o presidente en caso de vacante, ausencia ou outro motivo legal, ademais de presidir unha sala do Tribunal, como axiña se verá.

Para o exercicio das súas competencias, o Tribunal Constitucional actúa de tres formas: en seccións, en salas ou en pleno. O Tribunal Constitucional actúa en pleno, en sala o en sección para o exercicio das funcións xurisdicionais que lle encomendan a Constitución e a súa lei orgánica. O Pleno do Tribunal Constitucional está integrado por todos os maxistrados. O Tribunal Constitucional consta de dúas salas, formada cada unha delas por seis maxistrados. O Pleno e as salas do Tribunal Constitucional constitúense en catro seccións, composta cada unha delas por tres maxistrados.

Ao Pleno correspóndelle resolver todos os asuntos que son competencia do Tribunal, con excepción dos recursos de amparo. Non obstante, mesmo estes poden ser resoltos polo Pleno, que ten a posibilidade de solicitar para o seu coñecemento asuntos das salas, ben por iniciativa propia ou destas (artigo 10.n da LOTC).

O Tribunal Constitucional consta de dúas salas, composta cada unha por seis maxistrados nomeados polo Pleno. As salas do Tribunal coñecen daqueles asuntos atribuídos á xustiza constitucional que non sexan da competencia do Pleno, do recurso de amparo, dos recursos e cuestións de inconstitucionalidade, dos recursos e das cuestións contra as

normas forais fiscais vascas, dos conflitos constitucionais de competencia entre o Estado e as comunidades autónomas ou os destas entre si, das impugnacións das disposicións e resolucións dos órganos das comunidades autónomas previstas no artigo 161.2 da Constitución e dos conflitos en defensa da autonomía local e foral que lles sexan deferidos polo Pleno do Tribunal, así como daquelas cuestións que, atribuídas ao coñecemento das seccións, entendan que pola súa importancia debe resolver a propia Sala.

O Pleno e as salas constitúen seccións compostas polo respectivo presidente ou quen o substitúa e dous maxistrados para o despacho ordinario e a decisión ou proposta, segundo proceda, sobre a admisibilidade ou inadmisibilidade dos procesos constitucionais. Tamén lles poden corresponder ás seccións o coñecemento e a resolución daqueles asuntos de amparo que a sala correspondente lles defira.

Para a adopción de acordos en cada un dos órganos do Tribunal exíxese a presenza, polo menos, de dúas terceiras partes dos seus membros. As decisións adóptanse, a partir da proposta do maxistrado relator, por maioría, e o presidente, en caso de empate, contará con voto de calidade (artigo 90.1 da LOTC). Os maxistrados poden, se o consideran conveniente, manifestar as súas discrepancias coa maioría mediante a formulación dun voto particular.

Ademais destes órganos, hai que aludir aos órganos de apoio ao Tribunal no exercicio da súa función xurisdiccional, condición esta que cabe predicar da Secretaría Xeral, das secretarías de Xustiza, do Rexistro Xeral e do Arquivo Xeral. A estrutura organizativa gobernativa está integrada polos órganos do Tribunal que teñen encomendadas funcións de goberno e administración: o Pleno, o presidente; o vicepresidente; a Xunta de Goberno; o secretario xeral e, de ser o caso, por delegación deste, o secretario xeral adxunto. Tamén forman parte da estrutura administrativa os distintos servizos e unidades, que dependen da Secretaría Xeral.

2.3. Funcións

Como se sinalou previamente, o Tribunal Constitucional conta cun amplo abano de competencias que tratan de levar ao seu coñecemento os distintos conflitos constitucionais

que poden xurdir. Sen prexuízo do posterior estudo de cada un dos procedementos, o conxunto das súas competencias pódese resumir así:

- Control de constitucionalidade das normas con forza de lei, a través dos recursos de inconstitucionalidade, cuestións de inconstitucionalidade e control previo de tratados internacionais (artigos 161.1.a, 163 e 95 da CE).
- Protección de dereitos e liberdades recoñecidos nos artigos 14 a 30 da CE mediante o recurso de amparo (artigo 161.1.b] da CE).
- Garantía da distribución territorial do poder a través dos conflitos de competencia entre o Estado e as comunidades autónomas, ou as destas entre si (artigo 161.1.c] da CE).
- Control de constitucionalidade de disposicións e resolucións dos órganos das comunidades autónomas, mediante as impugnacións previstas polo artigo 161.2 da CE.
- Control da repartición de competencias entre os distintos poderes do Estado a través dos conflitos de atribucións entre órganos constitucionais (artigo 59.1.c] da LOTC).
- Garantía da autonomía local a través dos conflitos que para o efecto poden xurdir contra normas con forza de lei (artigo 59.2 da LOTC).

Este é o abano das competencias xurisdicionais do Tribunal Constitucional, abano que, en todo caso, se pode ampliar legalmente, xa que o artigo 161.1.d) da CE deixa aberta esta porta a través da cal se introduciron as dúas últimas competencias sinaladas: os conflitos de atribucións e os conflitos en defensa da autonomía local.

Ademais destas competencias xurisdicionais, e dado o carácter de órgano constitucional e independente que posúe o Tribunal, este conta cunha ampla marxe de autonomía organizativa, o que lle outorga competencias de goberno interno. Por destacar só as máis significativas, o Tribunal elabora e aproba os seus regulamentos de funcionamento interno, prepara o seu orzamento, que debe ser aprobado polas Cortes no seo dos orzamentos xerais do Estado, e posúe gran discrecionalidade na súa organización interna.

3. O sistema español de control de constitucionalidade das leis.

3.1. O control de constitucionalidade das normas con forza de lei: aspectos xerais

a) O obxecto

O control de constitucionalidade das normas con forza de lei é o instrumento de fiscalización xurídica dos poderes públicos que pecha o Estado de dereito; con el trátase de asegurar a supremacía da Constitución, e facer que prevaleza esta sobre as normas aprobadas polo poder lexislativo. Agora ben, o concepto de lei é un concepto polivalente; nunha das súas dimensións, nel inclúense non só as leis formais ou disposicións de carácter xeral aprobadas polas Cortes ou polas asembleas lexislativas das comunidades autónomas, senón tamén outras normas de rango ou forza similar á lei por estaren situadas de maneira inmediata baixo a Constitución. Por isto, o artigo 161.1.a) da CE, ao falar do control de constitucionalidade, estende este ás «leis e disposicións normativas con forza de lei».

O primeiro problema que suscita o control de constitucionalidade é determinar cales son as normas que se deben incluír nesa categoría. O artigo 27.2 da LOTC dá a resposta a esta pregunta, incluíndo as seguintes normas:

- Estatutos de autonomía.
- Leis orgánicas.
- Leis ordinarias.
- Decretos leis.
- Decretos lexislativos.
- Tratados internacionais.
- Regulamentos das Cámaras e das Cortes Xerais.
- Normas equivalentes ás anteriores categorías que poidan ditar as comunidades

autónomas: leis, decretos lexislativos e regulamentos das súas asembleas lexislativas.

Malia o detallado elenco do artigo 27.2 da LOTC, na práctica xurdiron algúns problemas á hora de determinar cal é o alcance obxectivo do control de constitucionalidade das normas con forza de lei. Seguindo a orde sinalada, cómpre destacar que, aínda que non existe ningunha dúbida sobre a posibilidade de control dos decretos leis, desde o punto de vista práctico, o dito control é, en ocasións, difícil de levar a cabo por razóns procesuais. Isto porque o artigo 86.2 da CE exige que, no prazo de trinta días desde a súa promulgación, os decretos leis se validen, se derroguen ou se tramiten como proxectos de lei. Nestes dous últimos casos, formalmente o decreto lei desaparece como tal, sendo difícil que previamente se poida controlar a súa constitucionalidade; non obstante, o Tribunal Constitucional entendeu que «velar polo recto exercicio da potestade de emitir decretos leis dentro do marco constitucional é algo que non se pode eludir» (STC 111/1983, caso RUMASA I). En consecuencia, aceptouse a posibilidade do control dun decreto lei xa inexistente; outra cousa é a repercusión que esa inexistencia ten á hora de axuizar os distintos vicios e inconstitucionalidade que se denuncien.

En relación cos decretos lexislativos, tamén existen problemas de control da súa constitucionalidade. Os ditos problemas xorden como consecuencia da construción doutrinal, aceptada pola xurisprudencia, segundo a cal cando un decreto lexislativo incorre en *ultra vires*, o exceso de delegación perde o seu rango legal, degradándose a nivel regulamentario. Desde a perspectiva do seu control, esta construción, acollida polos artigos 82.6 da CE e 27.2.b da LOTC, supón a posibilidade de fiscalización polos órganos do poder xudicial. Non obstante, e como pon de manifesto o último precepto citado, non resulta claro cando existe control de constitucionalidade encomendado ao Tribunal Constitucional e cando control do exceso na delegación, correspondente aos tribunais ordinarios. O Tribunal Constitucional, por unha parte, confirmou a posibilidade de que os tribunais ordinarios controlen os excesos de delegación; ao mesmo tempo, por outra parte, sempre que se cuestionou a regularidade dun decreto lexislativo ante o Tribunal Constitucional, este entrou a coñecer do asunto; por isto, existe unha zona de concorrencia en que tanto o Tribunal Constitucional coma os tribunais ordinarios poden actuar (STC 47/1984, caso xefe de servizo de RENFE).

Por outra parte, o Tribunal Constitucional rexeitou expresamente que posúa competencia para controlar normas de dereito comunitario europeo (STC 64/1991, caso APESCO). Aínda que sexan normas directamente aplicables en España que desprazan, incluso, a lei interna, o seu parámetro de control está no propio dereito comunitario e é o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas quen, en última instancia, debe efectuar ese control.

Para concluír a epígrafe correspondente ao obxecto do control de constitucionalidade das normas con forza de lei, convén realizar unha breve referencia respecto do control daquelas que son anteriores á Constitución. A supremacía constitucional desprega os seus efectos non só sobre as normas posteriores á Constitución, senón tamén sobre as normas preconstitucionais, de maneira que os seus contidos non poden ir contra o disposto na Norma Fundamental. O problema xorde á hora de conceptuar a natureza do conflito entre Constitución e norma anterior. De acordo cos tradicionais criterios de resolución de antinomías, ese conflito pódese resolver por dúas vías. Por unha banda, o carácter posterior no tempo da Constitución fai que esta se impoña sobre as normas anteriores que sexan contrarias a ela (criterio temporal); por outra, a superioridade xerárquica da Constitución fai que se impoña sobre as normas inferiores, incluídas as preconstitucionais (criterio xerárquico). Aínda que o resultado en ambos os casos é o mesmo (supremacía da Constitución), procesualmente a distinción ten a súa importancia. Así, a aplicación do criterio temporal faría catalogar o conflito entre Constitución e lei anterior como de vixencia, obrigando a determinar se a lei está ou non derogada; en canto tal xuízo de vixencia, calquera xuíz ou tribunal pode realizalo. Polo contrario, a aplicación do criterio xerárquico fai que o conflito sexa de validez. Isto determinaría que só o Tribunal Constitucional podería axuizar a adecuación ou non do dereito preconstitucional á Norma Fundamental. O Tribunal Constitucional, ante tal disxuntiva, optou por unha posición intermedia ao facer coexistir ambas as posibilidades.

Nun dos primeiros asuntos resoltos polo Tribunal, este afirmou o seguinte: «Así como contra as leis posconstitucionais o Tribunal exerce un monopolio para axuizar a súa conformidade coa Constitución, en relación coas preconstitucionais os xuíces e tribunais deben inapicalas se entenden que quedaron derogadas pola Constitución, ao se opor a ela; ou poden, en caso de dúbida, someter este tema ao Tribunal Constitucional pola vía

da cuestión de inconstitucionalidade» (STC 4/1981, caso Lei de bases do réxime local). Esta doutrina, aínda que con discrepancias no seo do propio Tribunal, foi reiterada máis recentemente na STC 73/1996 (caso artigos 124 e 137 da LXT).

b) O marco de axuizamento

A inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei pode vir determinada tanto por motivos formais coma materiais; dito doutra maneira, e aínda que a distinción entre ambos os conceptos sexa en ocasións difícil de realizar, a Constitución ten mandatos tanto formais, de natureza procesual, como preceptos de alcance substantivo ou material. Ambos os tipos de preceptos poden xustificar a impugnación dunha norma con forza de lei e, de ser caso, a declaración de inconstitucionalidade. Non obstante, esta idea está suxeita a algunhas matizacións.

En primeiro lugar, se, como resulta lóxico, unha norma preconstitucional se debe someter materialmente á Constitución xa que noutro caso se estarían producindo efectos contrarios a ela, non se pode dicir o mesmo respecto dos mandatos formais ou de procedemento. En efecto, non se pode pretender que o lexislador preconstitucional se someta ás «formas» e procedementos establecidos nun momento posterior no tempo.

En segundo lugar, e seguindo no terreo dos vicios formais de inconstitucionalidade, hai que indicar que non calquera destes implica necesariamente a nulidade da norma con forza de lei. Neste terreo, o principio de «proporcionalidade» deberá modular o efecto que en cada caso o vicio posúa. Así, dun pequeno defecto na tramitación dun proxecto de lei non pode derivar a nulidade total da lei que xurda. Desde outra perspectiva cómpre sinalarse que, aínda que o marco xeral de axuizamento das normas con forza de lei vén determinado, como é lóxico, pola Constitución, en ocasións ese marco complétase con outras normas. Así, por exemplo, o Tribunal Constitucional entendeu que para valorar a existencia de vicios *in procedendo* na elaboración das leis ás veces debe acudirse aos regulamentos das Cámaras (STC 99/1987, caso Medidas para a reforma da función pública), por exemplo.

O Tribunal Constitucional acode tamén a normas distintas da Constitución para axuizar as

leis cando a propia Norma Fundamental se remite a esas normas. Un exemplo claro é o dos tratados e convenios internacionais sobre dereitos fundamentais, xa que o artigo 10.2 da CE toma eses tratados e convenios como elemento para a interpretación de dereitos fundamentais e liberdades públicas.

Outro dos casos en que o exame da constitucionalidade das leis exige acudir a normas distintas da Constitución é o referente á repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. O sistema de distribución territorial de poder é moi complexo e, aínda que arranca da Constitución, perfecciónase polos estatutos de autonomía e por outras normas. Este conxunto forma o que se deu en chamar o «bloque da constitucionalidade». Pois ben, cando nun proceso constitucional se trata de determinar se unha norma con forza de lei vulnera ou non esa repartición de poder xerada polo bloque da constitucionalidade, hai que acudir, a miúdo, a normas non integradas distintas da Constitución. A propia LOTC reflectiu esta técnica ao dispor no seu artigo 28.1 que «para apreciar a conformidade ou desconformidade coa Constitución dunha lei, disposición ou acto con forza de lei do Estado ou das comunidades autónomas, o Tribunal considerará, ademais dos preceptos constitucionais, as leis que, dentro do marco constitucional, se ditasen para delimitar competencias do Estado e das diferentes comunidades autónomas ou para regular ou harmonizar o exercicio das competencias destas».

O último dos supostos nos cales o Tribunal Constitucional debe acudir a normas non constitucionais para axuizar as normas con forza de lei está previsto polo artigo 28.2 da LOTC. Trátase daqueles casos en que existe unha colisión entre lei orgánica e outras normas con forza de lei. Ao Tribunal Constitucional, en aplicación do artigo 81 da CE, correspóndelle salvagardar o ámbito material reservado á lei orgánica; para iso non cabe dúbida que deben axuizar as normas supostamente invasoras do dito ámbito á luz da Constitución e das propias leis orgánicas. Iso permite, entre outras cosas, garantir o respecto aos estatutos de autonomía por parte das leis tanto estatais coma autonómicas, posto que os estatutos de autonomía se aproban mediante lei orgánica.

3.2. O recurso de inconstitucionalidade

Como previamente se indicou, o artigo 161.1 da CE establece o recurso de

inconstitucionalidade como primeiro instrumento procesual para controlar a constitucionalidade das normas con forza de lei. Procesualmente, o recurso de inconstitucionalidade caracterízase por tratarse dunha acción xurisdiccional nacida precisamente con ese fin de controlar a adecuación á Constitución das normas con forza de lei; trátase, polo tanto, dunha impugnación directa da norma. Xa se sinalou cales son as normas que se poden impugnar a través do recurso de inconstitucionalidade.

a) Lexitimación

Están lexitimados para interpor recurso de inconstitucionalidade, segundo o artigo 162.1 da CE:

- O presidente do Goberno.
- O Defensor do Pobo.
- Cincuenta deputados.
- Cincuenta senadores.
- Os órganos colexiados executivos das comunidades autónomas.
- As asembleas das comunidades autónomas.

A restrición de lexitimación na impugnación de normas con forza de lei, común a case todos os sistemas de xustiza constitucional concentrada, radica no desexo de evitar continuas impugnacións das normas que se consideran elementos básicos do ordenamento e manifestación, máis ou menos directa, da vontade xeral.

A lexitimación recoñecida na Constitución, malia ser restrinxida, suscita algúns problemas. A do presidente do Goberno supón dotalo dunha facultade de evidente transcendencia, tanto no ámbito das relacións Goberno-Parlamento coma no de repartición de poder entre Estado e comunidades autónomas. Cómpre observar que, malia que poida obviamente consultar o Goberno, a decisión correspóndelle ao presidente individualmente considerado.

Pola súa parte, a lexitimación outorgada ao Defensor do Pobo parece que, en principio, se

debería restrinxir ao campo da protección dos dereitos fundamentais, única tarefa atribuída polo artigo 54 da CE á dita institución. Agora ben, non se pode esquecer que o concepto mesmo de protección dos dereitos fundamentais ten un amplísimo alcance, polo que poucas son as normas que directa ou indirectamente non se poden conectar coa dita tarefa.

A lexitimación que posúen cincuenta deputados e igual número de senadores aparece basicamente como un instrumento de protección de minorías parlamentarias fronte á acción da maioría; agora ben, á vez permítelles ás forzas políticas coa suficiente representación parlamentaria reaccionaren fronte a normas con forza de lei ditadas tanto no ámbito estatal coma no autonómico mediante a súa impugnación ante o Tribunal Constitucional, proxectándose así ao campo da organización territorial do Estado.

Polo que respecta á lexitimación recoñecida a órganos autonómicos, tanto executivos coma lexislativos, trátase dun elemento máis do deseño de distribución territorial de poder, que se corresponde coa lexitimación que posúen os órganos centrais para impugnar as normas con forza de lei ditadas nas comunidades autónomas. A lexitimación dos órganos executivos e lexislativos destas é a que máis problemas ocasionou na práctica. Iso porque o artigo 32.2 da LOTC, ao regular esa lexitimación, exige que as normas con forza de lei do Estado que impugnen os citados órganos autonómicos «poidan afectar o seu ámbito de autonomía». Este precepto foi obxecto dunha interpretación evolutiva, de forma que serve como instrumento non só de reivindicación de competencias que se puideren ver invadidas por normas estatais con forza de lei, senón tamén de impugnación de preceptos que poidan incidir indirectamente nesas competencias ou, mesmo, en intereses da Comunidade Autónoma sen dimensión competencial concreta (STC 56/1990, caso Lei orgánica do poder xudicial III, por exemplo). Por último, o silencio do artigo 32 da LOTC en relación coa impugnación de normas con forza de lei das comunidades autónomas por parte das súas institucións foi interpretado no sentido de que non cabe ese tipo de impugnacións; porén, e na falta de xurisprudencia na materia, doutrinalmente indicouse que iso podería supor unha lectura inconstitucional do artigo 162.1 da CE, máxime se se ten en conta que o silencio da LOTC é produto dun simple erro técnico do lexislador.

b) Prazo

O prazo para interpor o recurso de inconstitucionalidade é de tres meses a partir da publicación da norma impugnada (artigo 33 da LOTC). No caso das normas con forza de lei das comunidades autónomas, que se publican tanto no seu diario oficial coma no *Boletín Oficial del Estado*, é a primeira publicación a que serve como *dies a quo* para computar este prazo de tres meses.

Destacamos que tamén existe a posibilidade de, antes de acudir ao Tribunal Constitucional, abrir unha vía de negociación, tal como dispón o artigo 33.3 da LOTC. Así, nos tres meses desde a publicación da norma con rango de lei cuestionada pódese abrir a Comisión Bilateral de Cooperación Estado-Comunidade Autónoma, de forma que, se se fai, o prazo para impugnala ante o TC pasa a nove meses. Enténdese que nese prazo se producirá unha negociación no seo de tal comisión que, de ser frutífera, terminará con acordo que fará abandonar a interposición do recurso de inconstitucionalidade.

c) Procedemento

O recurso de inconstitucionalidade iníciase mediante o correspondente escrito de quen posúa lexitimación, ou do seu comisionado, no cal se deberá concretar a disposición impugnada, así como os motivos do recurso. O Tribunal Constitucional, admitida a trámite a demanda, dá traslado do recurso ao Congreso dos Deputados, ao Senado, ao Goberno e, no caso de que a norma impugnada sexa dunha comunidade autónoma, á asemblea lexislativa e ao executivo correspondentes. Dos anteriores órganos, os que o consideren oportuno poden comparecer e formular alegacións; á vista do recurso e das alegacións, o Pleno do Tribunal Constitucional debe ditar sentenza (artigo 34 da LOTC).

Chama a atención que, cando é o presidente do Goberno quen impugna unha lei autonómica, pode solicitar a suspensión de tal norma legal, que o Tribunal decretará, aínda que no prazo máximo de cinco meses o TC debe valorar se levanta ou mantén tal suspensión (artigo 161.2 da CE).

d) Efectos

O artigo 164 da CE regula os efectos das sentenzas do Tribunal Constitucional, en xeral, e das que declaran a inconstitucionalidade das normas con forza de lei, en concreto. Este precepto encóntrase desenvolvido no artigo 38 e seguintes da LOTC. Da complexa regulación sobre a materia cabe destacar o seguinte:

Desde o punto de vista temporal, as sentenzas do Tribunal Constitucional despregan os seus efectos a partir do día seguinte ao da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado* (artigo 164 da CE).

En segundo lugar, e polo que se refire ao seu contido, a declaración de inconstitucionalidade supón, segundo o artigo 39.1 da LOTC, a «nulidade» dos preceptos afectados. Isto indica, en primeiro lugar, que non toda a norma se debe ver afectada pola declaración de inconstitucionalidade, senón soamente aqueles preceptos desta que sufran o vicio de validez.

A nulidade implica que se debe considerar que os preceptos afectados por ela nunca formaron parte do ordenamento. Agora ben, o artigo 40 da LOTC matiza esta idea ao sinalar que a declaración de inconstitucionalidade non permite revisar procesos fenecidos mediante sentenza con efectos de cousa xulgada nos cales se fixese aplicación da norma inconstitucional, salvo nun caso: que esa aplicación supuxese unha sanción penal ou administrativa que non existiría ou se vería reducida como consecuencia da nulidade da norma aplicada.

A pesar do rixidamente que se encontran regulados os efectos da declaración de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional, consciente dos moitos problemas que poden xurdir tanto desde o punto de vista práctico coma xurídico como consecuencia da declaración de inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei, flexibilizou en ocasións os efectos, adecuándoos ás circunstancias do caso concreto, mesmo chegando a limitar os seus efectos temporalmente a partir da declaración de inconstitucionalidade (STC 45/1989, caso IRPF), ou permitindo que a norma inconstitucional siga vixente ata que outra norma válida a desprace (STC 195/1998, caso Marismas de Santoña e Noja); neste suposto, tratábase dunha norma estatal inconstitucional, non por motivos materiais senón por falta de competencia, e o que se buscou foi, basicamente, evitar un baleiro normativo que

fixese que España incorrese en responsabilidade internacional.

Xunto cos anteriores efectos, a Constitución e a LOTC recollen outros principios predicables das sentenzas do Tribunal Constitucional que teñen como finalidade facer realidade o principio de que o Tribunal Constitucional é o «supremo intérprete da Constitución». Así, establécese que as sentenzas recaídas en procedementos de inconstitucionalidade «teñen plenos efectos fronte a todos» (artigo 164.1 da CE) e «vincularán todos os poderes públicos» (artigo 38.1 da LOTC). Isto implica outorgar uns especiais efectos ás resolucións do Tribunal; eses efectos supoñen que súa doutrina debe informar a actividade de todos os poderes públicos.

Cómpre sinalar, así mesmo, que as decisións do Tribunal Constitucional non poden ser impugnadas no ámbito interno e crean cousa xulgada. En consecuencia, resolto un asunto polo Tribunal, non se pode volver suscitar ante el. Outra cosa é que problemas similares si se poidan reproducir ante o Tribunal Constitucional, permitíndoselle así a este actualizar a súa doutrina e ir adecuando a interpretación constitucional ao momento histórico.

3.3. A cuestión de inconstitucionalidade

O segundo instrumento procesual a través do cal é posible controlar a constitucionalidade das normas con forza de lei é a cuestión de inconstitucionalidade. A cuestión representa un complemento do recurso; este, como se viu, fai posible un control directo da norma; a cuestión, en cambio, permite reaccionar contra a inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei a través da súa aplicación concreta. O artigo 163 da CE dispón: «Cando un órgano xudicial considere, nalgún proceso, que unha norma con rango de lei, aplicable ao caso, de cuxa validez depende a resolución, poida ser contraria á Constitución, promoverá a cuestión ante o Tribunal Constitucional nos supostos, na forma e cos efectos que estableza a lei, que en ningún caso serán suspensivos».

A cuestión de inconstitucionalidade serve, pois, como instrumento que permite reaccionar ante calquera inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei sen necesidade da intervención de quen está lexitimado para interpor o recurso directo; pero, pola súa vez, fai posible non abrir a calquera persoa a lexitimación para recorrer contra normas con

forza de lei. Os órganos xudiciais actúan como «filtro» para facer chegar ao Tribunal Constitucional as queixas de constitucionalidade que posúan un mínimo de fundamento e que teñan unha dimensión concreta e efectiva.

a) Requisitos

Como se desprende do artigo 163 da CE, calquera órgano xudicial pode promover a cuestión de inconstitucionalidade ante o Tribunal Constitucional. Non obstante, esa formulación non depende da simple vontade do titular ou titulares do órgano xudicial, senón que se deben cumprir determinados requisitos.

En primeiro lugar, a dúbida sobre a constitucionalidade da norma con forza de lei debe xurdir no seo dun procedemento do cal coñeza o órgano xudicial, ben promovida por este ou por algunha das partes nese procedemento (artigo 35.1 da LOTC).

En segundo lugar, para promover a cuestión de inconstitucionalidade non abonda con que xurda a dúbida; esta ten que ser relevante para a decisión do proceso en que se formula, de maneira que esa decisión dependa realmente da regularidade ou non da norma cuestionada.

Por último, a dúbida sobre a constitucionalidade da norma con forza de lei debe estar suficientemente fundada e motivada polo órgano xudicial que eleva a cuestión ante o Tribunal Constitucional.

b) Procedemento

A dúbida sobre a constitucionalidade dunha norma con forza de lei pode xurdir en calquera proceso que se siga ante un órgano xurisdiccional, sexa cal for a orde ou xurisdición. Ao órgano xudicial correspóndelle controlar que se cumpren os requisitos legalmente exixidos: relevancia da cuestión para a resolución e fundamentación suficiente da dúbida de constitucionalidade. Se non se cumpren estes requisitos, o órgano xudicial deberá rexeitar a formulación da cuestión. Aínda máis, o órgano xudicial, constatado o cumprimento destes requisitos, debe analizar a dúbida exposta co fin de determinar se, por vía interpretativa, é salvable a contradición entre norma con forza de lei e Constitución

(artigo 5.3 da LOPX);

A formulación lévase a cabo mediante auto, unha vez oídas as partes constituídas como tal no proceso xudicial e o Ministerio Fiscal. No dito auto deberanse concretar a norma cuestionada e os motivos polos cales o órgano xudicial considera que pode ser contraria á Constitución. Só se debe suscitar a cuestión unha vez concluído o procedemento e antes de adoptar a resolución pertinente (artigo 35.2 da LOTC); a pesar de que este precepto se refire exclusivamente a aqueles procedementos que finalizan por sentenza, o Tribunal Constitucional entendeu que a cuestión se pode suscitar tamén ante decisións xudiciais que adopten outra forma (auto ou providencia) por tratarse de dúbidas que xurdan en procedementos incidentais. A exixencia de esperar a que o correspondente procedemento estea concluído ten unha dobre finalidade: por unha banda, trátase de evitar que a cuestión de inconstitucionalidade sexa utilizada con fins exclusivamente dilatorios; por outra, só estando concluído o procedemento pode valorarse realmente a relevancia da norma cuestionada para a resolución.

No caso de que o órgano xudicial considere que non procede suscitar a cuestión de inconstitucionalidade, contra a súa resolución non se pode recorrer, ben que se pode volver suscitar a dúbida en posteriores instancias xurisdiccionais.

Formulada a cuestión ante o Tribunal Constitucional, córrase a primeira fase da cuestión de inconstitucionalidade, a que se desenvolve no proceso *a quo*, que é no que xorde a dúbida. A partir dese momento, ábrese o proceso constitucional propiamente dito (proceso *ad quem*), no cal se decide sobre a validez da norma cuestionada. Este proceso desenvólvese totalmente ante o Tribunal Constitucional e nel nin sequera participan aqueles que son parte no proceso *a quo*. Non obstante, as súas alegacións constan, xa que se remiten xunto co auto de formulación da cuestión. En todo caso, esta exclusión das partes do proceso *a quo* no proceso constitucional foi posta en entredito polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, cando menos polo que se refire a aqueles casos en que se axuicen normas con forza de lei de tipo singular (STEDH Ruiz Mateos —1993—).

O Tribunal Constitucional realiza, en primeiro lugar, un control do cumprimento dos requisitos exixidos legalmente para suscitar a cuestión: relevancia para a resolución e

fundamentación suficiente. Este control debe ser superficial por canto, tanto a fundamentación como, sobre todo, a relevancia da cuestión lles corresponde valorala aos órganos promotores; o rexeitamento da cuestión por parte do Tribunal Constitucional baseándose na falta de relevancia só é posible ante supostos extraordinarios onde o defecto é absolutamente manifesto. Respecto da falta de fundamento, é posible unha maior marxe de actuación do Tribunal Constitucional para poder rexeitar en trámite de admisión aquelas cuestións que, aínda que non sexan manifestamente arbitrarias, posúen unha fundamentación que se pode rebater facilmente salvando a constitucionalidade da norma. Nos casos de inadmisión da cuestión, a decisión adóptase mediante auto, oído o fiscal xeral do Estado (artigo 37.1 da LOTC).

Admitida a cuestión a trámite, o procedemento que cómpre seguir é similar ao do recurso de inconstitucionalidade. Dáse traslado ao fiscal xeral do Estado, ás Cámaras, ao Goberno e, de ser o caso, aos executivos e lexislativos da comunidade autónoma que ditase a norma cuestionada, para que se constitúan en parte e formulen alegacións se o consideran conveniente. Oídas as partes, o Pleno do Tribunal Constitucional dita sentenza pronunciándose sobre a constitucionalidade ou non da norma cuestionada. Á marxe dos efectos xerais que posúen todas as sentenzas de control de constitucionalidade de normas con forza de lei, nas cuestións o Tribunal Constitucional debe notificar a súa decisión ao xuíz ou tribunal que suscitou a cuestión para que resolva en consecuencia o proceso *a quo*.

c) As «autocuestións» de inconstitucionalidade

Existen na LOTC dúas previsións que permiten que sexa o propio Tribunal Constitucional o que se cuestione a inconstitucionalidade dunha norma con forza de lei (de aí os nomes de «autocuestión» ou «cuestión interna de inconstitucionalidade» con que se coñece esta institución); trátase dos artigos 55.2 e 75.quinque.6 da LOTC.

Segundo o artigo 55.2 da LOTC, naqueles casos en que o Tribunal, coñecendo dun recurso de amparo, aprecie que a lesión dun dereito fundamental procede dunha norma con forza de lei contraria á Constitución, a sala, á vez que resolve o amparo, debe cuestionar a posible inconstitucionalidade da norma con forza de lei ante o Pleno para que este, se así

o decide, declare a inconstitucionalidade da norma con forza de lei.

Como se ve, o mecanismo é similar ao das cuestións de inconstitucionalidade con só dúas particularidades:

- O órgano que promove a cuestión é o propio Tribunal Constitucional, xeralmente algunha das salas.
- O proceso onde xorde a dúbida sobre a regularidade da norma con forza de lei (recurso de amparo) resólvese sen necesidade de esperar a decisión do Pleno do Tribunal Constitucional sobre a regularidade da lei cuestionada.
- O Tribunal Constitucional indicou que conta con maior flexibilidade que os xuíces e tribunais ordinarios para decidir se se suscita a cuestión (STC 149/2000, caso artigo 21.2 da LOREX).

O procedemento que se segue para resolver as «autocuestións» de inconstitucionalidade é o mesmo previsto para as cuestións (artigo 55.2 *in fine* da LOTC).

Polo que respecta á segunda «autocuestión», esta encóntrase regulada no capítulo dedicado aos conflitos en defensa da autonomía local; o mecanismo parécese ao anterior por canto se trata de que, apreciada unha lesión da autonomía local imputable a unha norma con forza de lei, a inconstitucionalidade desta debe declararse noutro procedemento, que se tramita, tamén, como as cuestións de inconstitucionalidade (artigo 75.quinque.6 da LOTC). A diferenza básica respecto do outro suposto de autocuestión, á parte do motivo en que se fundan, está en que neste caso a autocuestión a suscita o Pleno do Tribunal Constitucional ante si mesmo.

3.4. O control previo de tratados internacionais

Aínda que non se pida expresamente no tema, convén abordar, por non deixar incompleta a exposición, que o terceiro instrumento procesual que existe para controlar a constitucionalidade de normas con forza de lei é o control previo de tratados internacionais. Como facilmente se deduce da súa denominación, a característica máis importante desta técnica de control de constitucionalidade radica no feito de que a

fiscalización se produce antes da entrada en vigor da norma.

a) Obxecto

Cando se aprobou a LOTC, o seu título VI prevía a posibilidade de interpor recurso previo de inconstitucionalidade contra tres tipos de normas en estado aínda de proxecto:

- Tratados internacionais.
- Estatutos de autonomía.
- Leis orgánicas.

Non obstante, a LO 4/1985 modificou a dita regulación ao derrogar o artigo 79 da LOTC, de forma que, na actualidade, só os tratados internacionais, cuxo texto estea definitivamente fixado pero aos cales o Estado aínda non prestase o seu consentimento, son susceptibles de control previo (artigos 95.2 CE e 78 da LOTC). A razón de ser da redución do ámbito do control previo radica no efecto retardador da entrada en vigor das normas xa aprobadas que tiña a interposición do recurso. No entanto, o control previo de tratados internacionais xustifícase en boa medida por permitir compaxinar a supremacía constitucional coa responsabilidade internacional do Estado, xa que impide contraer con outros suxeitos de dereito internacional compromisos que sexan contrarios á Norma Fundamental.

O control previo de tratados posúe unha configuración particular, distinta do resto dos procesos constitucionais. Isto é así porque o seu obxecto non é, ou non ten por que ser, exactamente impugnatorio; máis ben é de natureza consultiva, posto que do que se trata é de comprobar se existe obstáculo constitucional á prestación do consentimento a un tratado internacional, aínda que a decisión sexa vinculante. No dito xuízo, en todo caso, o Tribunal Constitucional, como no resto das súas competencias, actúa sometido exclusivamente á Constitución (DTC do 1 de xullo de 1992; caso Tratado da Unión Europea).

b) Lexitimación

Soamente o Goberno ou algunha das Cámaras, de acordo co establecido nos seus regulamentos, poden instar o dito control mediante o correspondente requirimento (artigo 78.1 da LOTC).

c) Procedemento

Realizado o requirimento, dáse traslado deste ao resto dos órganos lexitimados para que efectúen alegacións; oídos o Goberno e as Cámaras, o Tribunal Constitucional dita a correspondente resolución (artigo 78.2 da LOTC), que adopta a forma de «declaración» e non de sentenza.

d) Efectos

O sentido do control previo de inconstitucionalidade, como se viu, é evitar que un tratado internacional contrario á Constitución entre en vigor. A dita entrada en vigor significaría non só a presenza no ordenamento interno dunha norma inconstitucional, senón tamén a adquisición de compromisos externos que resulten opostos á orde xurídica fundamental. A apreciación de oposición entre Constitución e tratado supón, ben a necesidade de modificar a norma fundamental (artigo 95.1 da CE), ben a non prestación de consentimento por parte do Estado. Convén recordar que a existencia do control previo non exclúe a posibilidade de impugnación de tratados internacionais *a posteriori*, a través do recurso ou da cuestión de inconstitucionalidade, sen prexuízo de que a declaración produza efectos de cousa xulgada.

Os demais procedementos e competencias do Tribunal Constitucional non teñen por obxecto o control da constitucionalidade das leis e non son obxecto deste tema. Non obstante, indícanse a continuación:

- Os conflitos de competencia entre o Estado e as comunidades autónomas establecido polo bloque da constitucionalidade.
- Os conflitos de atribucións entre órganos constitucionais.
- A impugnación polo Goberno, ante o Tribunal Constitucional, das disposicións e resolucións de rango infralegal adoptadas polos órganos das comunidades autónomas que

considere inconstitucionais.

- Os conflitos en defensa da autonomía local.

3.5. O recurso de amparo

O artigo 53.2 da CE sinala que os dereitos recoñecidos nos artigos 14 a 29 da Constitución, así como a obxección de conciencia, son protexibles, ademais de polo amparo xudicial, a través do amparo constitucional. O amparo constitucional configúrase, pois, como unha garantía específica máis dos dereitos fundamentais. É un instrumento máis, o último no ámbito nacional, de reacción fronte a unha posible vulneración dun dereito fundamental. Deste trazo reactivo fronte ás vulneracións concretas de dereitos fundamentais provén o seu carácter de garantía específica.

A característica máis específica do recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, do órgano ante o cal se residencia: a diferenza do amparo xudicial que, como se viu, se insta dos órganos xurisdicionais ordinarios, o amparo constitucional solicítase, precisamente, do Tribunal Constitucional. De aí —máis, incluso, que do carácter evidentemente constitucional dos dereitos cuxa protección canaliza— provén o seu nome, e de aí, tamén, derivan as súas características máis distintivas, que o singularizan respecto dos demais recursos.

O amparo constitucional é, pois, un recurso polo cal se solicita do Tribunal Constitucional a preservación ou, de ser o caso, o restablecemento dun dereito fundamental que se reputa conculcado. Configúrase, pois, como último recurso para evitar a vulneración de dereitos fundamentais ou, se xa se produciron, para reparala.

b) Función

Non se pode omitir que o amparo constitucional reviste unha función que transcende da proxectada pola simple resolución do caso concreto. Certamente, o seu obxecto primario é ofrecer unha garantía máis dos dereitos fundamentais pero, ademais, ese instrumento confire ao Tribunal Constitucional unha función de alcance máis global, que se pode resumir como o control da forma en que os xuíces e tribunais ordinarios aplican os

preceptos constitucionais que consagran os dereitos fundamentais, a fixación das pautas e criterios que deben inspirar a actuación dos órganos da xurisdición ordinaria.

Esta función do amparo constitucional quedou plasmada no artigo 5.1 da LOPX cando sinala que «os xuíces e tribunais (.....) interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme a interpretación destes que resulte das resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Por outra parte, o amparo constitucional cumpre aínda unha última función en consonancia coa condición do Tribunal Constitucional como supremo intérprete da Constitución. Os recursos de amparo constitucional que se substancian ante el permiten que o Tribunal Constitucional realice ese labor interpretativo e defina o alcance e significado exactos dos preceptos constitucionais que consagran os dereitos fundamentais, un alcance e significado que, como se viu, deben informar a interpretación e aplicación que das leis e dos regulamentos realicen os órganos xurisdicionais ordinarios.

O amparo constitucional é un recurso subsidiario, porque é condición necesaria para poder accionar o amparo constitucional ter esgotado antes as vías xudiciais procedentes.

O amparo constitucional é un recurso de obxecto limitado: nel non se pode facer valer calquera pretensión, senón só as dirixidas a preservar ou restablecer os dereitos fundamentais recoñecidos nos artigos 14 a 29 da CE, ademais da obxección de conciencia.

Por último, o obxecto limitado do recurso predetermina tamén a resolución do Tribunal Constitucional, pois este, en caso de outorgar o amparo, deberá limitarse ao previsto no artigo 55.1 da LOTC; isto é, deberase reducir a declarar a nulidade do acto ou resolución que vulnerou o dereito fundamental, a recoñecer este último e a restablecer o recorrente no seu dereito. (**Esta materia trátase no tema 3**).

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

Interventor-tesoureiro e secretario-interventor da Administración local

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

BIBLIOGRAFÍA

Pablo Pérez Tremps (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volumes, editorial Tecnos.

TEMA 9

**A REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DA XUSTIZA.
O PODER XUDICIAL. O CONSELLO XERAL DO
PODER XUDICIAL: ORGANIZACIÓN E
COMPETENCIAS. O TRIBUNAL SUPREMO. OS
TRIBUNAIS SUPERIORES DE XUSTIZA. O
MINISTERIO FISCAL.**

TEMA 9. A REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DA XUSTIZA. O PODER XUDICIAL. O CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL: ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS. O TRIBUNAL SUPREMO. OS TRIBUNAIS SUPERIORES DE XUSTIZA. O MINISTERIO FISCAL.

ÍNDICE

1. A regulación constitucional da xustiza. O poder xudicial.
2. O Consello Xeral do Poder Xudicial: organización e competencias.
 - 2.1. Organización.
 - 2.2. Competencias.
3. O Tribunal Supremo.
 - 3.1. Previo: a organización do Supremo e demais tribunais.
 - 3.2. O Tribunal Supremo: organización e cadro de persoal.
 - 3.3. Competencia das salas do Tribunal Supremo.
 - 3.3.1. Sala Primeira do Civil.
 - 3.3.2. Sala Segunda do Penal.
 - 3.3.3. Sala Terceira do Contencioso-Administrativo.
 - 3.3.4. Sala Cuarta do Social.
 - 3.3.5. Sala Quinta do Militar.
 - 3.3.6. Sala do artigo 61 LOPX.
4. Os tribunais superiores de Xustiza.
 - 4.1. Fundamento constitucional e creación.
 - 4.2. Sede.
 - 4.3. Composición.
 - 4.4. Atribucións das salas.
 - 4.4.1. Sala do Civil.

4.4.2. Sala do Contencioso-Administrativo.

4.4.3. Sala do Social.

5. O Ministerio Fiscal.

5.1. Concepto e posición constitucional.

5.2. Organización.

5.2.1. Unidade.

5.2.2. Dependencia xerárquica.

5.3. Funcións.

1. A regulación constitucional da xustiza. O poder xudicial

O título VI da Constitución (artigos 117 a 127) denomínase “o poder xudicial” (por isto dedicamos un único punto ás aparentes dúas cuestións presentadas no tema). A definición do noso Estado como “social e democrático de dereito” (artigo 1. 1 CE) implica o “imperio da lei”, como expresión da soberanía popular, que suxeita a todos por igual, “a división clásica dos poderes”, co propósito de limitarse mutuamente segundo propugnaba Montesquieu, e “a garantía efectiva dos dereitos dos cidadáns”.

Por iso, o poder xudicial establécese para asegurar o cumprimento da lei por todos, polos simples cidadáns e tamén polos que desempeñan funcións dentro dos outros dous grandes poderes do Estado, para garantir que estes actúan dentro dos límites que a Constitución determinou e para tutelar efectivamente os dereitos e intereses lexítimos amparados desde a lei de leis.

Acostúmase sinalar na doutrina que, fronte ao poder lexislativo, o executivo e o xudicial son secundarios; o primeiro crea as leis e os outros dous execútan as ou fanas cumprir. Pero, entre o poder executivo e o xudicial, hai diferenzas: a Administración aplica as normas, tanto para si como para os cidadáns; os xuíces non as aplican para si senón para as relacións entre particulares, para resolver os conflitos producidos: as súas sentenzas son, así, mandatos individualizados e concretos, fronte ás normas, en sentido amplo, que son xerais e abstractas, alleas ás situacións concretas.

“A xustiza emana do pobo e adminístrase en nome do rei” (artigo 117.1 CE), o cal é

congruente cun sistema constitucional no cal o pilar básico foi establecido pola “soberanía do pobo español” (artigo 2 CE) a través dun referendo nacional, celebrado o 6 de decembro de 1978 e no cal a potestade lexislativa corresponde ás Cortes Xerais que “representan o pobo español” (artigos 66.1 e 2 CE). En consecuencia, o pobo, a través do órgano constitucional que o representa, dáse a si mesmo as leis e, a través do poder xudicial, fai que se cumpran esas mesmas leis e que sexan sancionados aqueles que as contraveñan.

O poder xudicial descansa sobre estes principios:

a. Exclusividade xurisdiccional:

“O exercicio da potestade xurisdiccional en todo tipo de procesos, xulgando e facendo executar o xulgado, corresponde exclusivamente aos xulgados e tribunais” (artigo 117.3). Estes, nunha perspectiva negativa deste principio, “non exercerán máis funcións que as sinaladas” ou “as que expresamente lles sexan atribuídas pola lei en garantía de calquera dereito” (artigo 117.4). Positivamente, ningún outro poder do Estado pode exercer a función xurisdiccional. Nin sequera o lexislativo, nin a través das comisións de investigación: estas nunca poden condicionar a actuación dos tribunais (artigo 76 CE).

b. Unidade xurisdiccional.

É “a base da organización e funcionamento dos tribunais” (artigo 117.5). A xurisdición é única, pero, atendendo ao obxecto de que deben coñecer os xuíces, acostúmase falar de distintas xurisdicións: civil, relativa ás relacións de dereito privado, entre particulares; penal, concernente aos delitos e á súa sanción; contencioso-administrativa, sobre a legalidade da actuación da Administración pública; e social, fundamentalmente referida ás cuestións do laboral e da Seguridade Social.

Hoxe non se pode falar, como no anterior Réxime, dunha xurisdición militar illada, pois, mesmo especial e “circunscrita ao ámbito estritamente castrense” (artigo 117.5 CE), ve a súa organización coroada pola sala V do Tribunal Supremo, que pode revisar as decisións dos tribunais militares (L.O. 4/1987, do 15 de xullo). Tampouco están xa permitidos os “tribunais de excepción” (artigo 117.6) nin os “tribunais de honra no ámbito da Administración civil e das organizacións profesionais” (artigo 26 CE). O Tribunal de Contas

desempeña algunha función que pode ser considerada xurisdiccional: o “axuizamento contable” respecto daqueles que manexen “bens caudais ou efectos públicos” nas distintas administracións; pero, aínda que isto permite falar dunha “xurisdición contable”, tampouco rompe a esencia da unidade xurisdiccional pois o Tribunal Supremo pode revisar tamén os seus pronunciamentos a través da súa sala III (Lei 7/1988, do 5 de abril). En cuestións de constitucionalidade, o TC é o supremo intérprete; por iso, é obxecto de estudo separado. Por último, o Tribunal Superior de Xustiza das Comunidades Europeas, aludido noutro lugar, é o órgano xurisdiccional común para a aplicación estritamente do dereito comunitario; e o Tribunal Europeo dos Dereitos do Home vén constituír unha última instancia para os cidadáns dos países que ratifican voluntariamente a Convención Europea.

c. Independencia.

Os xuíces e maxistrados son “independentes, inamovibles, responsables e sometidos unicamente ao imperio da lei” (artigo 117.1 CE). Esa “dependencia” ten un aspecto “externo” (fronte ás intromisións doutros poderes) e outro “interno” (independencia de cada órgano xudicial fronte aos demais) e, ligada á “inamovibilidade”, ve o seu reforzo na imposibilidade (artigo 117.2) de seren os xuíces e maxistrados “separados, suspendidos, trasladados nin xubilados, senón por algunha das causas e coas garantías previstas na lei (hoxe, a Lei orgánica do poder xudicial, 6/1985, do 1 de xullo, que desenvolve este título VI).

d. Incompatibilidade.

“Os xuíces e maxistrados, así como os fiscais, mentres se encontren en activo, non poderán desempeñar outros cargos públicos, nin pertencer a partidos políticos ou sindicatos “(artigo 127.1 CE) ben que se poderán incorporar ás súas asociacións profesionais (as principais hoxe son a Asociación Profesional da Maxistratura, a “Francisco de Vitoria”, a de “Xuíces para a Democracia”, etc). Tampouco poden exercer a súa función en asuntos en que estean implicados determinados parentes.

e. Responsabilidade.

Este principio, tamén deducido do artigo 117.1 CE, proxéctase na posible derivación da responsabilidade persoal dos actos ou decisións dos xuíces, tanto na orde penal, como na

civil e na propia disciplinaria. E iso con independencia da responsabilidade subsidiaria do Estado “polos danos causados por erro xudicial” ou “como consecuencia do funcionamento anormal da Administración de xustiza” (artigo 121 CE).

O artigo 122 da CE remite a unha Lei orgánica do poder xudicial a determinación dos xulgados e tribunais e do órgano de goberno do poder xudicial, mandato que se fixo efectivo coa LOPX 6/1985, do 1 de xullo. As grandes liñas da lei están expresadas no seu título preliminar. Recóllense nel os principios que se consagran na Constitución. O primeiro deles é a independencia, que constitúe a característica esencial do poder xudicial en canto tal. As súas exixencias desenvólvense a través de mandatos concretos que delimitan co rigor preciso o seu exacto contido. Así, precísase que a independencia no exercicio da función xurisdiccional se estende fronte a todos, incluso fronte aos propios órganos xurisdiccionais, o que implica a imposibilidade de que nin os propios xuíces ou tribunais corrixan, a non ser con ocasión do recurso que legalmente proceda, a actuación dos seus inferiores, quedando igualmente excluída a posibilidade de circulares ou instrucións con carácter xeral e relativas á aplicación ou interpretación da lei.

Da forma en que a lei orgánica regula a independencia do poder xudicial, pódese afirmar que posúe unha característica: a súa plenitude. Plenitude que se deriva da obriga que se impón aos poderes públicos e aos particulares de respectar a independencia do poder xudicial e da absoluta subtracción do estatuto xurídico de xuíces e maxistrados a toda posible interferencia que parta dos outros poderes do Estado, de tal sorte que á clásica garantía -constitucionalmente recoñecida- de inamabilidade se engade unha regulación, en virtude da cal se exclúe toda competencia do poder executivo sobre a aplicación do estatuto orgánico daqueles. No sucesivo, pois, a carreira profesional de xuíces e maxistrados estará plena e regradamente gobernada pola norma ou dependerá, con exclusividade absoluta, das decisións que no ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte o Consello Xeral do Poder Xudicial.

A importancia que a plenitude da independencia xudicial terá no noso ordenamento debe ser valorada completándoa co carácter de totalidade con que a lei dota a potestade xurisdiccional. Os tribunais, en efecto, controlan sen excepcións a potestade regulamentaria e a actividade administrativa, co cal ningunha actuación do poder executivo quedará

subtraída á fiscalización dun poder independente e sometido exclusivamente ao imperio da lei. Haberá que convir que o Estado de dereito proclamado na Constitución alcanza, como organización rexida pola lei que expresa a vontade popular e como sistema no cal o goberno dos homes é substituído polo imperio da lei, a máxima potencialidade posible.

Corolarios da independencia xudicial son outros preceptos do título preliminar que concretan as súas distintas perspectivas. Así, a unidade da xurisdición que, en consecuencia co mandato constitucional, é absoluta, coa única excepción da competencia da xurisdición militar, que queda limitada ao ámbito estritamente castrense regulado pola lei e aos supostos de estado de sitio; a facultade que se recoñece a xuíces e tribunais de requirir a colaboración de particulares e poderes públicos; e, en fin, a regulación do procedemento e das garantías non previstas, para os supostos de expropiación dos dereitos recoñecidos fronte á Administración pública nunha sentenza firme.

Por outro lado, o título preliminar da presente lei orgánica singulariza no poder xudicial a vinculación xenérica do artigo 9.1 da CE, no cal dispón que as leis e regulamentos se deberán aplicar segundo os preceptos e principios constitucionais e conforme a interpretación destes que realice o Tribunal Constitucional. Ratifícase así a importancia dos valores propugnados pola Constitución como superiores e de todos os demais principios xerais do dereito que deles derivan, como fonte do dereito, o que dota plenamente o ordenamento das características de plenitude e coherencia que lle son exixibles e garante a eficacia dos preceptos constitucionais e a uniformidade na interpretación destes.

Ademais, dispónse que soamente procederá a formulación da cuestión de inconstitucionalidade cando non sexa posible acomodar, pola vía interpretativa, a norma controvertida ao mandato constitucional. Refórzase, con iso, a vinculación do xulgador para coa norma fundamental e introdúcese nesa suxeición un elemento dinámico de protección activa, que transcende do simple respecto pasivo pola lei suprema.

O valor da Constitución, como norma suprema do ordenamento, maniféstase, tamén, noutros preceptos complementarios. Así, configúrase a infracción de precepto constitucional como motivo suficiente do recurso de casación e menciónase expresamente a directa aplicabilidade dos dereitos fundamentais, facéndose explícita protección do contido esencial que salvagarda a Constitución.

Outros preceptos constitucionais completan e caracterizan o réxime da xustiza en España:

A) Deber de cumprimento das sentenzas e de colaboración.

Artigo 118. É obrigado cumprir as sentenzas e demais resolucións firmes dos xuíces e tribunais, así como prestar a colaboración requirida por estes no curso do proceso e na execución do resolto.

B) Xustiza gratuíta.

Artigo 119. A xustiza será gratuíta cando así o dispoña a lei e, en todo caso, respecto daqueles que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

C) Normas do procedemento xudicial: público e oral.

Artigo 120.1. As actuacións xudiciais serán públicas coas excepcións que prevexan as leis de procedemento.

2. O procedemento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

3. As sentenzas serán sempre motivadas e pronunciaranse en audiencia pública.

D) Responsabilidade patrimonial.

Artigo 121. Os danos causados por erro xudicial, así como os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de xustiza, darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado, conforme a lei.

E) Participación dos cidadáns na xustiza.

Artigo 125. Os cidadáns poderán exercer a acción popular e participar na Administración de xustiza mediante a institución do Xurado, na forma e con respecto a aqueles procesos penais que a lei determine, así como nos tribunais consuetudinarios e tradicionais.

F) Policía xudicial.

Artigo 126. A policía xudicial depende dos xuíces, dos tribunais e do Ministerio Fiscal nas súas funcións de indagación do delito e descubrimento e aseguramento do delincente, nos termos que a lei estableza.

G) Estatuto dos xuíces e maxistrados.

Artigo 127.1. Os xuíces e maxistrados, así como os fiscais, mentres se encontren en activo, non poderán desempeñar outros cargos públicos, nin pertencer a partidos políticos ou sindicatos. A lei establecerá o sistema e modalidades de asociación profesional dos xuíces, maxistrados e fiscais.

2. A lei establecerá o réxime de incompatibilidades dos membros do poder xudicial, que deberá asegurar a total independencia destes.

Por último, os artigos 122, 123 e 124 CE regulan os órganos e institucións que son obxecto dos seguintes puntos.

2. O Consello Xeral do Poder Xudicial: organización e competencias.

A existencia do Consello Xeral do Poder Xudicial recóllese, como se avanzou no artigo 122 CE, nos seguintes termos: “2. O Consello Xeral do Poder Xudicial é o órgano de goberno deste. A Lei orgánica (do poder xudicial) establecerá o seu estatuto e o réxime de incompatibilidades dos membros do Consello Xeral do Poder Xudicial e as súas funcións, en particular, en materia de nomeamentos, ascensos, inspección e réxime disciplinario”.

E o punto 3 refírese á súa composición: “3. O Consello Xeral do Poder Xudicial estará integrado polo presidente do Tribunal Supremo, que o presidirá, e por vinte membros nomeados polo rei durante un período de cinco anos. Destes, doce entre xuíces e maxistrados de todas as categorías xudiciais, nos termos que estableza a lei orgánica; catro por proposta do Congreso dos Deputados e catro por proposta do Senado, elixidos en ambos os casos por maioría de tres quintos dos seus membros, entre avogados e outros xuristas, todos eles de recoñecida competencia e con máis de quince anos de exercicio na súa profesión”.

A función de Goberno do Consello trata sobre materias tales como os nomeamentos, ascensos e traslados; a inspección do funcionamento dos xulgados e tribunais e a exixencia de responsabilidade disciplinaria aos membros da carreira xudicial. Mediante a atribución deste tipo de competencias ao Consello, evítase que outro poder do Estado, particularmente, o poder executivo, poida influír directa ou indirectamente sobre a independencia xudicial.

É importante sinalar que a actuación do Consello Xeral do Poder Xudicial non é de carácter

xurisdiccional, pois este tipo de actividade está reservada, tal e como proclama o artigo 117 CE, aos xuíces e tribunais. O labor de goberno do Consello é equiparable, en boa medida, aos actos administrativos e, ao igual que estes últimos, as súas resolucións están suxeitas ao control de legalidade por parte dos xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa.

A función de goberno dos xuíces e tribunais non recae exclusivamente no Consello Xeral do Poder Xudicial, xa que as salas de Goberno do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de Xustiza teñen tamén competencias nesta materia, ben que, en última instancia, as súas resolucións son revisables polo Consello.

O Consello debe velar polo mantemento da independencia xudicial e así, se un xuíz ou maxistrado é perturbado ou inquietado no exercicio da función xurisdiccional, o artigo 14 da LOPX faculta o Consello para poñer fin a esta intromisión.

2.1. Organización.

O Consello Xeral do Poder Xudicial é un órgano constitucional, colexiado, autónomo, integrado por xuíces e outros xuristas, que exerce funcións de goberno do poder xudicial coa finalidade de garantir a independencia dos xuíces no exercicio da función xudicial fronte a todos.

O Consello Xeral do Poder Xudicial é un órgano colexiado composto por:

- Vinte membros, chamados vogais, nomeados polo rei, elixidos polas Cortes Xerais (Congreso e Senado) entre xuíces e xuristas de recoñecida competencia.
- Un presidente, designado polo Pleno do Consello na súa sesión constitutiva. É elixido entre membros da carreira xudicial ou xuristas de recoñecida competencia.

Os vogais son nomeados por un período de mandato de cinco anos, a partir da data da sesión constitutiva. O CGPX renóvase na súa totalidade, unha vez transcorridos os cinco anos de mandato, aínda que o Consello saínte continúa en funcións ata a toma de posesión do novo.

Os vogais non poden ser reelixidos no Consello seguinte. O mandato do presidente do Tribunal Supremo e do CGPX vincúlase ao do Consello que o propuxo; pero o presidente pode ser reelixido e nomeado por unha soa vez para un novo mandato.

En caso de cesamento anticipado dalgún vogal, procédese á súa substitución polo mesmo procedemento polo que foi nomeado o vogal cesante; o mandato do vogal substituto esgótase co do CGPX no que se integra.

Os membros do Consello Xeral do Poder Xudicial son elixidos por unha maioría cualificada de tres quintos das cámaras.

O Consello componse dunha Presidencia, o Pleno a Comisión Permanente, e as comisións: Disciplinaria, de Asuntos Económicos e de Igualdade.

2.2. Competencias.

A función principal do Consello é a xestión da administración de xustiza xunto coa salvagarda ou a garantía da independencia dos xuíces e tribunais, cando exercen a súa función xudicial, respecto do resto de poderes do Estado e fronte a todos, incluso respecto dos demais órganos xudiciais e dos do propio goberno do poder xudicial.

O Consello realiza cometidos de natureza administrativa-gobernativa e de réxime interior do poder xudicial. O goberno interno dos xulgados e tribunais corresponde ás salas de goberno do Tribunal Supremo, a Audiencia Nacional e os distintos tribunais superiores de xustiza, sen prexuízo das funcións que corresponden aos presidentes dos ditos tribunais e aos titulares dos restantes órganos xurisdiccionais con respecto ao seu propio ámbito orgánico. Non obstante o Consello exerce a función revisora das actuacións levadas a cabo por estes órganos de goberno.

As obrigacións do Consello esténdense ás cuestións que afectan o goberno e a administración interna do terceiro poder do Estado: o nomeamento e o ascenso de xuíces e maxistrados, xunto ás situacións administrativas, licenzas, permisos, prohibicións e incompatibilidades; a inspección de xulgados e tribunais e o réxime disciplinario xudicial.

A estas competencias engádese, dun lado, a relativa á selección e formación dos xuíces, asumidas no ano 1994, e, doutro lado, a mellora da calidade da xustiza, en canto presuposto do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva.

As funcións e competencias do Consello distribúense en nove grandes áreas:

- Nomeamentos regrados e discrecionais.

- Inspección dos xulgados e tribunais.
- Réxime disciplinario xudicial.
- Formación xudicial.
- Potestade regulamentaria.
- Publicación das sentenzas.
- Función consultiva.
- Mellora da calidade da xustiza.
- Relacións internacionais.

Como órgano constitucional de autogoberno, o Consello está lexitimado para formular conflitos ante o Tribunal Constitucional en defensa das súas competencias.

O CGPX ten a obriga de remitir ás Cortes Xerais a memoria anual sobre o estado, funcionamento e actividades do CGPX e dos xulgados e tribunais de España. A memoria inclúe as necesidades que, ao seu xuízo, existen en materia de persoal, instalacións e recursos para o correcto desempeño das funcións atribuídas ao poder xudicial.

As Cortes Xerais poderán debater o contido da memoria e reclamar, se é o caso, a comparecencia do presidente do CGPX ou do membro en quen delegue. Os parlamentarios poden formular mocións e preguntas, de obrigada contestación por parte do Consello.

3. O Tribunal Supremo.

3.1. Previo: a organización do Supremo e demais tribunais

O Tribunal Supremo, os tribunais superiores de Xustiza e as audiencias (órganos colexiados) organízanse en salas de xustiza, que son o verdadeiro órgano xurisdiccional, non o tribunal, que é o conxunto administrativo de organización, senón que o son as súas salas. Así, a LOPX establece que o Tribunal Supremo está integrado por salas (artigo 55) e cuxa competencia regula (artigos 56 a 61), e iso repítese para a Audiencia Nacional (artigos 64 a 69) e para os tribunais superiores de Xustiza (artigos 72 a 78). En cambio, respecto das audiencias provinciais, a competencia régúlaa a mesma audiencia, non ás salas (artigo 82).

Pola súa vez, nas salas dos tribunais poden existir dúas ou máis seccións (artigos 27.1 e 28), xa seccións nas salas do Tribunal Supremo (artigo 54), da Audiencia Nacional (artigo 63]) e dos tribunais superiores de Xustiza (artigo 72.2), e tamén nas audiencias provinciais (que non teñen salas, pero si seccións (artigos 80.1 e 81.1). O órgano xurisdiccional (sala ou sección) queda constituído por tres maxistrados, incluído o presidente.

Polo contrario, os xulgados, que son un órgano xurisdiccional unipersoal, cuxo ámbito territorial de actuación é a provincia, queda constituído coa presenza do xuíz e do secretario. Nas capitais de provincia e outras 36 cidades o titular da potestade xurisdiccional ten a categoría persoal de maxistrado. Todas as demais persoas son necesarias para a realización de funcións de apoio material, pero non son indispensables xurisdiccionalmente.

3.2. O Tribunal Supremo: organización e cadro de persoal.

A CE establece en relación a esta institución, no seu artigo 123, o seguinte: "1. O Tribunal Supremo, con xurisdición en toda España, é o órgano xurisdiccional superior en todas as ordes, salvo o disposto en materia de garantías constitucionais.

2. O presidente do Tribunal Supremo será nomeado polo rei, por proposta do Consello Xeral do Poder Xudicial, na forma que determine a lei."

O artigo 53 da LOPX engade que terá a súa sede en Madrid e que ningún outro órgano xurisdiccional poderá ter o título de supremo.

O presidente do Tribunal é, ao mesmo tempo, presidente do Consello Xeral do Poder Xudicial, e intégrano ademais cinco presidentes de sala e os demais maxistrados da categoría.

A estas salas hai que aludir, ademais:

- A sala innominada do artigo 61 da LOPX, integrada polo presidente do Tribunal, os presidentes de sala e os maxistrados máis antigo e moderno de cada sala, con moi variadas competencias, que van desde recursos de revisión no contencioso-administrativo ata a responsabilidade civil e penal dos presidentes de sala ou de todos os maxistrados dunha sala. Á parte da atribuída pola LO 6/2002, do 27 de xuño, de partidos políticos.

- O Tribunal de Conflitos de Xurisdición (artigos 38 LOPX e 1 LOCX), para coñecer destes

conflitos entre os xulgados e tribunais e a Administración, e constituído polo presidente do Tribunal Supremo e cinco vogais, dos cales dous son maxistrados da Sala do Contencioso-Administrativo do mesmo tribunal (designados polo Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial) e tres conselleiros permanentes de Estado.

-A Sala de Conflitos de Xurisdición (artigos 39 LOPX e 22 LOCX) que coñece destes conflitos entre os tribunais ordinarios e os tribunais militares, e integrada polo presidente do Tribunal Supremo, dous maxistrados da Sala do Tribunal Supremo da Orde Xurisdicional en conflito e dous maxistrados da Sala do Militar, designados polo Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial.

- A Sala Especial de Conflitos de Competencia (artigo 42 LOPX) para coñecer dos que se poidan suscitar entre xulgados ou tribunais de distintas ordes xurisdicionais, integrada polo presidente do Tribunal Supremo e dous maxistrados, un por cada orde xurisdicional en conflito, designados anualmente pola Sala de Goberno do Tribunal Supremo.

Sen funcións xurisdicionais, o artigo 163 do Gabinete prevé a existencia dun Gabinete Técnico de Información e Documentación, con composición e cadro de persoal que determina o Ministerio de Xustiza, aínda que os destinos de maxistrado e de letrado os provexa o Consello Xeral do Poder Xudicial.

3.3. Competencia das Salas do Tribunal Supremo.

3.3.1. Sala Primeira do Civil.

Esta sala asume fundamentalmente os recursos de casación, que constitúen a esencia da súa función xurisdicional, atendendo á unificación da xurisprudencia na interpretación do dereito privado común ou xeral do Estado.

Ao mesmo tempo atribuíuselle tamén o coñecemento:

-Dos recursos de revisión.

-Doutros recursos extraordinarios que chegue a establecer a lei.

-En primeira e única instancia as demandas de responsabilidade civil por feitos realizados no exercicio do seu cargo, dirixidas contra as máis altas autoridades do Estado, tanto do poder lexislativo, como do executivo e do xudicial (incluídos os maxistrados da Audiencia

Nacional e dos tribunais superiores de Xustiza).

- Das recusacións contra maxistrados da mesma sala (artigo 60).
- Das cuestións de competencia entre xulgados e tribunais da orde civil,
- Que non teñan outro superior común (artigo 60).

3.3.2. Sala Segunda do Penal do Tribunal Supremo.

Coñece do recurso de revisión e casación nas súas distintas modalidades así como da instrución e axuizamento das causas seguidas contra o presidente do Goberno, altos cargos do Estado e maxistrados da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de Xustiza.

Ademais das competencias atribuídas ás salas do Civil e do Penal do Tribunal Supremo que acabamos de describir, as ditas salas coñecerán da tramitación e axuizamento das accións civís e penais, respectivamente, dirixidas contra a raíña consorte ou o consorte da raíña, a Princesa ou Príncipe de Asturias e o seu consorte, así como contra o rei ou raíña que abdicase e o seu consorte.

3.3.3. Sala Terceira do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo.

Coñece en única instancia dos recursos contra actos do Consello de Ministros e altos órganos do Estado que a lei determine. Tamén coñecerá dos recursos de revisión e casación nas súas distintas modalidades.

3.3.4. Sala Cuarta do Social do Tribunal Supremo.

Coñece do recurso de revisión e casación nas súas distintas modalidades.

3.3.5. Sala do artigo 61 LOPX

A Sala Especial e Innominada regulada no artigo 61.1 que, como dixemos, está formada polo presidente do Tribunal Supremo, os presidentes de sala e o maxistrado máis antigo e o máis moderno de cada sala, coñece, á *parte da orde contencioso-administrativa*, de:

- Recusacións do presidente do Tribunal Supremo, de presidentes de sala e de máis de dous maxistrados dunha sala.
- Demandas de todos civil contra os presidentes de sala ou contra todos ou a maior parte

dos maxistrados dunha sala por feitos cometidos no exercicio do cargo.

-Instrución e axuizamento das causas contra presidentes de sala ou contra todos ou a maior parte dos maxistrados dunha sala. Neste caso designarase de entre os membros da sala un instrutor, o cal non poderá formar lego parte do órgano axuizador.

-Declaracións de erro xudicial cando se impute unha sala do Tribunal Supremo.

-Procesos de declaración de ilegalidade e consecuente disolución dos partidos políticos (LO 6/2002, do 27 de xuño).

4. Os tribunais superiores de Xustiza.

4.1. Fundamento constitucional e creación.

A CE regula os TSX no artigo 152.1, do cal se deduce que:

-Os estatutos das comunidades autónomas "máis avanzadas", as constituídas pola vía do artigo 151 e similares, debían aludir á constitución deste.

-Nas demais comunidades, as que lograsen a autonomía polo artigo 143 a creación do tribunal era soamente posible, non vindo imposto pola CE.

Tras promulgarse a CE de 1978, aprobáronse os 17 estatutos de autonomía. En todos eles, menos no de La Rioja (tampouco nos de Ceuta e Melilla, loxicamente), se previu a creación do Tribunal Superior, dicindo que culminará a organización xudicial no territorio da comunidade. Despois a LOPX estableceu un Tribunal en cada comunidade autónoma (tamén na Rioja, ben que na redacción de EA da LO 2/1999, do 7 xaneiro, xa se falou deste Tribunal Superior), o cal "tomará o nome da comunidade autónoma e estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial desta" (artigo 71). Os novos estatutos manteñen a referencia a estes tribunais.

4.2. Sede.

A LOPX non establece a sede destes tribunais, senón que a disposición adicional 2ª se limita a remitirse ao disposto nos estatutos de autonomía. Nalgúns deles contense disposición expresa sobre este punto, como é o caso do Estatuto de Castilla-La Mancha (no seu artigo 23 fixa a sede en Albacete), pero noutros non existe norma expresa, e para eles a citada DA 2ª prevé tres supostos:

-Se o Estatuto de autonomía garda silencio sobre o tema, o Tribunal Superior de Xustiza terá a súa sede na mesma cidade onde radicaba a Audiencia Territorial.

-Se na comunidade autónoma non existía antes Audiencia Territorial, o Tribunal Superior terá a súa sede na capital da comunidade, e nas comunidades autónomas onde antes houbera máis dunha Audiencia Territorial (caso de Andalucía e Castilla y León), a fixación da sede corresponde á comunidade, que o fará precisamente nunha das sedes das audiencias territoriais. Esta fixación fíxose das dúas maneiras previstas no parágrafo 3 da DA 2ª, e así son o Acordo do Parlamento Andaluz do 30 de xuño de 1982, que fixou a sede en Granada, e a Lei 14/1987, do 29 de decembro, de Castilla y León, que fixou a sede en Burgos.

4.3. Composición.

Cada un dos tribunais superiores de Xustiza componse de un presidente deste, que é tamén ao mesmo tempo presidente da Sala do Civil e Penal, dos presidentes de sala e dun número variable de maxistrados.

O Tribunal Superior componse de tres salas:

- a) Sala do Civil e Penal.
- b) Sala do Contencioso-Administrativo.
- c) Sala do Social.

Compoñeráse dun presidente, que o será tamén da súa Sala do Civil e Penal, e terá a consideración de maxistrado do Tribunal Supremo mentres desempeñe o cargo; dos presidentes de sala e dos maxistrados que determine a lei para cada unha das salas e, se é o caso, das seccións que se poidan crear dentro delas.

A estas salas normais hai que engadir a especial e non permanente de recusacións, regulada no artigo 77 da LOPX, e composta do presidente do Tribunal Superior de Xustiza, os presidentes de sala e o maxistrado máis moderno de cada unha delas.

O artigo 72.2 prevé a posibilidade de que a cantidade de traballo determine a existencia de seccións dentro das salas, pero iso non sucedeu na Sala do Civil e Penal.

4.4. Atribucións das salas.

4.4.1. Sala do Civil

A competencia destas salas non é igual en todos os tribunais superiores, pois depende a existencia ou de dereito civil, foral ou especial, propio da comunidade. As competencias son:

- Dos recursos de casación e de revisión contra sentenzas dos órganos da orde civil da Comunidade Autónoma, sempre que o recurso ou a sentenza se basee en dereito civil, foral ou especial, propio da comunidade e así se prevexa no correspondente estatuto de autonomía.

- En única instancia das demandas de responsabilidade civil por feitos cometidos no exercicio do cargo contra:

- Presidente e membros do Goberno da Asemblea Autónoma e da Asemblea Lexislativa, cando así o estableza o estatuto de autonomía.

- Todos ou a maior parte dos maxistrados dunha audiencia provincial ou dunha das súas seccións.

- Cuestións de competencia entre órganos xurisdicionais da orde civil con sede na comunidade autónoma.

4.4.2. Sala do Contencioso Administrativo do TSX.

Coñece en única instancia de recursos contra actos que expresamente lles atribúe a lei e os recursos contra disposicións de carácter xeral. Tamén coñece do recurso de casación para unificación da doutrina e en interese de lei cando se refira respectivamente a resolucións ditadas polos xulgados do contencioso-administrativo, ou leis autonómicas.

5.4.3. Sala do Social do TSX.

Coñece en única instancia de controversias que afecten intereses de traballadores e empresarios en ámbito superior a un xulgado do social. Tamén coñece dos recursos de suplicación contra sentenzas ditadas polos xulgados mercantís de contido laboral.

Outros órganos xurisdicionais son a Audiencia Nacional, as audiencias provinciais, os xulgados (órganos unipersoais) de Primeira Instancia, de Instrución, os de Familia, do

Mercantil e de Paz, que non son obxecto deste tema.

5. O Ministerio Fiscal.

5.1. Concepto e posición constitucional.

Conde-Pumpido Ferreiro define o Ministerio Fiscal como un órgano autónomo do Estado, constituído para o funcionamento da xustiza e integrado autonomamente no poder xudicial, e coa misión de defender a legalidade democrática, promover os intereses públicos e sociais que pertencen ao pobo constituído en Estado, tutelar os dereitos dos cidadáns e velar pola independencia dos tribunais.

A Constitución, no título VI dedicado ao "poder xudicial", refírese ao Ministerio Fiscal e dispón o seu artigo 124 que:

"1. O Ministerio Fiscal, sen prexuízo das funcións encomendadas a outros órganos, ten por misión promover a acción da xustiza en defensa da legalidade, dos dereitos dos cidadáns e do interese público tutelado pola lei, de oficio ou por petición dos interesados, así como velar pola independencia dos tribunais e procurar ante estes a satisfacción do interese social.

2. O Ministerio Fiscal exerce as súas funcións por medio de órganos propios conforme os principios de unidade de actuación e dependencia xerárquica e con suxeición, en todo caso, aos de legalidade e imparcialidade.

3. A lei regulará o estatuto orgánico do Ministerio Fiscal (mandato que se fixo efectivo coa Lei 50/1981, do 30 de decembro, que regula o Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal).

4. O fiscal xeral do Estado será nomeado polo rei, por proposta do Goberno, oído o Consello Xeral do Poder Xudicial".

5.2. Organización.

Os principios que regulan a organización e o réxime xurídico interno da institución do ministerio fiscal son o de unidade (orgánica, territorial e funcional); e o de dependencia xerárquica.

5.2.1 Unidade orgánica, territorial e funcional.

O principio de unidade dedúcese do que está desenvolvido no artigo 22 da Lei 50/1981,

que dispón:

"1. O Ministerio Fiscal é único para todo o Estado.

2. O fiscal xeral do Estado desempeña a xefatura superior do Ministerio Fiscal e a súa representación en todo o territorio español. A el corresponde impartir as ordes e instrucións convenientes ao servizo e xeral orde interna da institución e, en xeral, a dirección e inspección do Ministerio Fiscal.

5. O fiscal xefe de cada órgano exercerá a dirección deste e actuará sempre en representación do Ministerio Fiscal baixo a dependencia dos seus superiores xerárquicos e do fiscal xeral do Estado.

6. O tenente fiscal, nas fiscalías onde exista, asumirá as funcións de dirección ou coordinación que lle delegue o fiscal xefe, e substituirá este en caso de ausencia, vacante ou imposibilidade".

O principio de unidade maniféstase, desde o punto de vista territorial, nunha estrutura orgánica centralizada a nivel estatal. A distribución orgánica do Ministerio Público sobre a base do territorio, xa se trate de comunidades autónomas ou provincias, atende exclusivamente a un criterio de racionalización na distribución do traballo e a unha presenza permanente do Ministerio Fiscal ante os distintos órganos xurisdiccionais.

Así, os órganos do Ministerio fiscal, recollidos no artigo 12 da Lei 50/1981, son:

1) O Fiscal Xeral do Estado.

2) O Consello Fiscal.

3) A Xunta de Fiscais de Sala.

4) A Xunta de Fiscais Superiores das comunidades autónomas.

5) A Fiscalía do Tribunal Supremo.

6) A Fiscalía ante o Tribunal Constitucional.

7) A Fiscalía da Audiencia Nacional.

8) As fiscalías especiais.

9) A Fiscalía do Tribunal de Contas, que se rexerá polo disposto na Lei orgánica do dito

tribunal.

10) A Fiscalía Xurídico-Militar.

11) As fiscalías das comunidades autónomas.

12) As fiscalías provinciais.

13) As fiscalías de área.

5.2.2. Dependencia xerárquica.

A unidade funcional ou de actuación coa que se concibe o Ministerio fiscal exige unha organización piramidalmente, de modo que cada un dos seus membros actúa segundo as instrucións recibidas do fiscal xefe respectivo destes, pola súa vez, en función das instrucións que reciban do fiscal xeral do Estado.

Para garantir o funcionamento vertical do Ministerio Público, o fiscal xeral do Estado poderá impartir as ordes e instrucións convenientes ao servizo e ao exercicio das funcións, tanto de carácter xeral como referidas a asuntos específicos. Análogas facultades terán os fiscais superiores das comunidades autónomas respecto dos fiscais xefes do ámbito territorial e ambos respecto dos membros do Ministerio Fiscal subordinados (artigo 25.1 e 3 Lei 50/1981).

Tamén poderá o fiscal xeral do Estado chamar á súa presenza a calquera membro do Ministerio Fiscal para recibir directamente os seus informes e darlle as instrucións que estime oportunas, trasladando, neste caso, as ditas instrucións ao fiscal xefe respectivo. A mesma función exercerana os fiscais superiores das comunidades autónomas dentro do seu territorio (artigos 26 e 22.4 Lei 50/1981).

Esta dependencia encontra no Estatuto as seguintes limitacións: 1) O dereito-deber do inferior a obxectar e non cumprir as ordes cuxo exercicio estime improcedente ou contrario ás leis (artigos 6.20 e 27 Lei 50/1981); 2) A validez *ad extra* da actuación realizada incumprindo unha orde, en canto que expresión da vontade e criterio do Ministerio Fiscal, xerando, en todo caso, unha responsabilidade de orde interno; e 3) A eficacia soamente en 10 que fai ás escritas, dado que nas intervencións orais os membros do Ministerio Fiscal son libres e soamente veñen obrigados ao expresalas a respectar o cumprimento do ben da xustiza (artigo 25.4 Lei 50/1981).

5.3. Funcións do Ministerio fiscal

O artigo 124.1 CE confire ao Ministerio Fiscal as funcións que xa foron enumeradas. A Lei 50/981 desenvolve as seguintes:

- Velar por que a función xurisdiccional se exerza eficazmente conforme as leis e nos prazos e termos nelas sinalados, exercendo as accións, recursos e actuacións pertinentes.
- Exercer cantas funcións lle atribúa a lei en defensa da independencia dos xuíces e tribunais.
- Velar polo respecto das institucións constitucionais e dos dereitos fundamentais e liberdades públicas coas actuacións que opoñer á súa defensa.
- Exercer as accións penais e civís dimanantes de delitos e faltas ou opoñerse ás exercidas por outros, cando proceda.
- Intervir no proceso penal, instando da autoridade xudicial a adopción das medidas cautelares que procedan e a práctica das dilixencias encamiñadas ao esclarecemento dos feitos ou instruindo directamente o procedemento no ámbito de 10 disposto na Lei orgánica reguladora da responsabilidade penal dos menores, podendo ordenar á Policía Xudicial aquelas dilixencias que considere oportunas.
- Tomar parte, en defensa da legalidade e do interese público ou social, nos procesos relativos ao estado civil e nos demais que estableza a lei.
- Intervir nos procesos civís que determine a lei cando estea comprometido o interese social ou cando poidan afectar persoas menores, incapaces ou desvalidas en tanto se prevé dos mecanismos ordinarios de representación.
- Manter a integridade da xurisdición e competencia dos tribunais e tribunais, promovendo os conflitos de xurisdición e as cuestións de competencia procedentes, e intervenir nas promovidas por outros.
- Velar polo cumprimento das resolucións xudiciais que afecten o interese público e social.
- Velar pola protección procesual das vítimas e pola protección de testemuñas e peritos, promovendo os mecanismos previstos para que reciban a axuda e asistencia efectivas.

-Intervir nos procesos xudiciais de amparo así como nas cuestións de inconstitucionalidade nos casos e forma previstos na Lei orgánica do Tribunal Constitucional.

-Interpoñer o recurso de amparo constitucional, así como intervenir nos procesos de que coñece o Tribunal Constitucional en defensa da legalidade, na forma en que as leis establezan.

-Exercer en materia de responsabilidade penal de menores as funcións que lle encomende a lexislación específica, debendo orientar a súa actuación á satisfacción do interese superior do menor.

-Intervir nos supostos e na forma prevista nas leis nos procedementos ante o Tribunal de Contas. Defender a legalidade nos procesos contencioso-administrativos e laborais que prevén a súa intervención.

-Promover ou prestar o auxilio xudicial internacional previsto nos tratados e convenios internacionais.

-Exercer as demais funcións que o ordenamento xurídico estatal lle atribúa.

Con carácter xeral, a intervención do fiscal nos procesos poderase producir mediante escrito ou comparecencia. Tamén se poderá producir a través de medios tecnolóxicos, sempre que aseguren o adecuado exercicio das súas funcións e ofrezan as garantías precisas para a validez do acto de que se trate. A intervención do fiscal nos procesos non penais, salvo que a lei dispoña outra cosa ou actúe como demandante, producirase en último lugar (artigo 3 LEI 50/1981).

BIBLIOGRAFÍA

García Morillo e Espin Templado (en colaboración): Dereito Constitucional, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración): Temas de dereito constitucional, Editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración): Derecho constitucional, 2 volumes, editorial

Tecnos.

M. Satrústegui (en colaboración): Derecho constitucional, 2 volumes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración): Temas de derecho constitucional, Editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración): Dereito Constitucional, 2 volumes, editorial Tecnos.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

Interventor-tesourero e secretario-interventor da Administración local

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

TEMA 10

**O GOBERNO. A SÚA COMPOSICIÓN.
NOMEAMENTO E CESAMENTO. AS FUNCIÓNS
DO GOBERNO. O PRESIDENTE DO GOBERNO.
OS MINISTROS. A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS
INFORMADORES DA ORGANIZACIÓN E DA
ACTUACIÓN DA ADMINISTRACIÓN. GOBERNO
E ADMINISTRACIÓN: CONTROL DOS ACTOS
POLÍTICOS.**

TEMA 10. O GOBERNO. A SÚA COMPOSICIÓN. NOMEAMENTO E CESAMENTO. AS FUNCIÓNS DO GOBERNO. O PRESIDENTE DO GOBERNO. OS MINISTROS. A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA ORGANIZACIÓN E DA ACTUACIÓN DA ADMINISTRACIÓN. GOBERNO E ADMINISTRACIÓN: CONTROL DOS ACTOS POLÍTICOS.

I. O GOBERNO

O artigo 97 da Constitución establece que o Goberno "dirixe a política interior e exterior, a Administración civil e militar e a defensa do Estado. Exerce a función executiva e a potestade regulamentaria, de acordo coa Constitución e as leis".

A regulación do Goberno está contida na propia Constitución e, en desenvolvemento das súas previsións, na Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno.

1. A SÚA COMPOSICIÓN

De acordo co artigo 98 da Constitución, "o Goberno componse" do presidente, dos vicepresidentes, se é o caso, dos ministros e dos demais membros que estableza a lei".

Os membros do Goberno reúnen-se en Consello de Ministros e en comisións delegadas.

O Consello de Ministros é o órgano colexiado do Goberno por excelencia, regulado no artigo 5 da Lei do Goberno, que lle asigna as seguintes atribucións:

- a) Aprobar os proxectos de lei e a súa remisión ao Congreso dos Deputados ou, se é o caso, ao Senado.
- b) Aprobar o proxecto de lei de orzamentos xerais do Estado.
- c) Aprobar os reais decretos-leis e os reais decretos legislativos.
- d) Acordar a negociación e sinatura de tratados internacionais, así como a súa aplicación provisional.
- e) Remitirlles os tratados internacionais ás Cortes Xerais nos termos previstos nos artigos 94 e 96.2 da Constitución.
- f) Declarar os estados de alarma e de excepción e propoñerlle ao Congreso dos Deputados a declaración do estado de sitio.

- g) Dispoñer a emisión de débeda pública ou contraer crédito, cando sexa autorizado por unha lei.
- h) 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.
- i) Crear, modificar e suprimir os órganos directivos dos departamentos ministeriais.
- j) Adoptar programas, plans e directrices vinculantes para todos os órganos da Administración xeral do Estado.
- k) Exercer cantas outras atribucións lle confiran a Constitución, as leis e calquera outra disposición.

Ás reunións do Consello de Ministros poderán asistir os secretarios de Estado e excepcionalmente outros altos cargos, cando sexan convocados para iso. As súas deliberacións serán secretas.

As comisións delegadas, pola súa banda, están reguladas no artigo 6 da Lei do Goberno. Reúnen varios ministros co fin de tratar e, se é o caso, resolver as cuestións que lles afectan en común aos seus ministerios, aínda que tamén poderán ser convocados ás súas reunións os titulares daqueles outros órganos superiores e directivos da Administración xeral do Estado que se considere conveniente.

A creación, modificación e supresión das comisións delegadas do Goberno será acordada polo Consello de Ministros mediante real decreto, por proposta do presidente do Goberno.

O real decreto de creación dunha comisión delegada deberá especificar, en todo caso:

- a) O membro do Goberno que asume a presidencia da comisión.
- b) Os membros do Goberno e, se é o caso, secretarios de Estado que a integran.
- c) As funcións que se lle atribúen á comisión.
- d) O membro da comisión ao que corresponde a secretaría desta.
- e) O réxime interno de funcionamento e en particular o de convocatorias e suplencias.

As súas atribucións son as seguintes:

- a) Examinar as cuestións de carácter xeral que teñan relación con varios dos

departamentos ministeriais que integren a comisión.

b) Estudar aqueles asuntos que lles afecten a varios ministerios, e requiran a elaboración dunha proposta conxunta con anterioridade á súa resolución polo Consello de Ministros.

c) Resolver os asuntos que lle afecten a máis dun ministerio, e non requiran ser remitidos ao Consello de Ministros.

d) Exercer calquera outra atribución que lles confira o ordenamento xurídico ou que lles delegue o Consello de Ministros.

Ao igual que no Consello de Ministros, as deliberacións das comisións delegadas do Goberno serán secretas.

Ademais, o Goberno conta cos seguintes órganos de colaboración e apoio:

- A Comisión Xeral de Secretarios de Estado e Subsecretarios (artigo 8 da Lei do Goberno). Presídea un vicepresidente do Goberno ou, no seu defecto, o ministro da Presidencia, e está integrada polos titulares das secretarías de Estado e polos subsecretarios dos distintos departamentos ministeriais, podendo asistir igualmente ás súas reunións o avogado xeral do Estado e aqueles altos cargos con rango de secretario de Estado ou subsecretario que convoque o presidente por razón da materia de que se trate.

Exerce as seguintes atribucións:

a) O exame de todos os asuntos que vaian someterse á aprobación do Consello de Ministros, agás os nomeamentos, cesamentos, ascensos a calquera dos empregos da categoría de oficiais xerais e aqueles que, excepcionalmente e por razóns de urxencia, deban ser sometidos directamente ao Consello de Ministros.

b) A análise ou discusión daqueles asuntos que, sen ser competencia do Consello de Ministros ou as súas comisións delegadas, lles afecten a varios ministerios e sexan sometidos á Comisión polo seu presidente.

- O secretariado do Goberno (artigo 9 da Lei do Goberno). É un órgano de apoio do Consello de Ministros, das comisións delegadas do Goberno e da Comisión Xeral de secretarios de Estado e subsecretarios, e, ademais, de asistencia ao ministro da Presidencia. Nesta última calidade, exerce as seguintes funcións:

a) Os trámites relativos á sanción e á promulgación real das leis aprobadas polas Cortes

Xerais e a expedición dos reais decretos.

b) A tramitación dos actos e disposicións do rei cuxo referendo lle corresponde ao presidente do Goberno.

c) A tramitación dos actos e disposicións que o ordenamento xurídico lle atribúe á competencia do presidente do Goberno.

- Os gabinetes (artigo 10 da Lei do Goberno). Son órganos de apoio político e técnico do presidente do Goberno, dos vicepresidentes, dos ministros e dos secretarios de Estado. Os seus membros realizan tarefas de confianza e asesoramento especial, sen que en ningún caso poidan adoptar actos ou resolucións que lles correspondan legalmente aos órganos da Administración xeral do Estado ou das organizacións adscritas a ela, sen prexuízo da súa asistencia ou pertenza a órganos colexiados que adopten decisións administrativas.

2. NOMEAMENTO E CESAMENTO

O artigo 99 da Constitución regula o nomeamento do presidente do Goberno:

"1. Despois de cada renovación do Congreso dos Deputados, e nos demais supostos constitucionais en que así proceda, o rei, logo da consulta cos representantes designados polos grupos políticos con representación parlamentaria, e a través do presidente do Congreso, propoñerá un candidato á Presidencia do Goberno.

2. O candidato proposto conforme ao previsto no apartado anterior expoñerá ante o Congreso dos Deputados o programa político do Goberno que pretenda formar e solicitará a confianza da Cámara.

3. Se o Congreso dos Deputados, polo voto da maioría absoluta dos seus membros, lle outorgase a súa confianza ao devandito candidato, o rei nomearáo presidente. De non se alcanzar a devandita maioría, someterase a mesma proposta a unha nova votación corenta e oito horas despois da anterior, e a confianza entenderase outorgada se obtivese a maioría simple.

4. Se efectuadas as citadas votacións non se outorgase a confianza para a investidura, tramitaranse sucesivas propostas na forma prevista nos apartados anteriores.

5. Se transcorrido o prazo de dous meses, a partir da primeira votación de investidura, ningún candidato obtivese a confianza do Congreso, o rei disolverá ambas as dúas

cámaras e convocará novas eleccións co referendo do presidente do Congreso".

Os demais membros do Goberno son nomeados e separados polo rei, por proposta do seu presidente, de acordo co artigo 100 da Constitución.

En canto ao cesamento, dispón o artigo 101 da Constitución que "o Goberno cesa tras a celebración de eleccións xerais, nos casos de perda da confianza parlamentaria previstos na Constitución ou por dimisión ou falecemento do seu presidente". Nestes casos, o Goberno cesante continuará en funcións ata a toma de posesión do novo Goberno.

Polo demais, a Lei do Goberno establece os requisitos de acceso ao cargo dos membros do Goberno (artigo 11.1):

"Para ser membro do Goberno requírese ser español, maior de idade, gozar dos dereitos de sufraxio activo e pasivo, así como non estar inhabilitado para exercer emprego ou cargo público por sentenza xudicial firme e reunir o resto de requisitos de idoneidade previstos" "na Lei 3/2015, do 30 de marzo, reguladora do exercicio do alto cargo da Administración Xeral do Estado".

De acordo co artigo 2 da citada Lei 3/2015, son idóneos os que reúnen honorabilidade e a debida formación e experiencia na materia, en función do cargo que vaian desempeñar.

Considérase que non concorre a honorabilidade nos que fosen:

- a) Condenados por sentenza firme a pena privativa de liberdade, ata que se cumpra a condena.
- b) Condenados por sentenza firme pola comisión de delitos de falsidade, contra a liberdade; contra o patrimonio e a orde socioeconómica, a Constitución, as institucións do Estado, a Administración de Xustiza, a Administración pública, a comunidade internacional; de traizón e contra a paz ou a independencia do Estado e relativos á defensa nacional; e contra a orde pública, en especial, o terrorismo, ata que os antecedentes penais fosen cancelados.
- c) Os inhabilitados conforme á Lei 22/2003, do 9 de xullo, concursal, mentres non conclúa o período de inhabilitación fixado na sentenza de cualificación do concurso.
- d) Os inhabilitados ou suspendidos para emprego ou cargo público, durante o tempo que dure a sanción, nos termos previstos na lexislación penal e administrativa.

e) Os sancionados pola comisión dunha infracción moi grave de acordo co previsto na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, durante o período que fixe a resolución sancionadora.

En canto á formación e á experiencia, na valoración da formación teranse en conta os coñecementos académicos adquiridos e na valoración da experiencia prestarase especial atención á natureza, complexidade e nivel de responsabilidade dos postos desempeñados, que garden relación co contido e funcións do posto para o que se nomea.

Os membros do Goberno, como os demais altos cargos da Administración xeral do Estado, deberán subscribir unha declaración responsable na que manifestarán, baixo a súa responsabilidade, que cumpren cos requisitos de idoneidade para ser nomeado alto cargo, especialmente a ausencia de causas que impidan a honorabilidade requirida e a veracidade dos datos subministrados, que dispoñen, cando sexa susceptible diso, da documentación que así o acredita, e que se comprometen a manter o seu cumprimento durante o período de tempo que ocupen o posto.

Esta declaración responsable, cuberta de acordo co modelo deseñado pola Oficina de Conflitos de Intereses, será remitida á mencionada oficina polos membros do Goberno. Así mesmo, os membros do Goberno remitiranlle á Oficina de Conflitos de Intereses, se esta llelo solicita, a documentación que acredite o cumprimento dos requisitos de idoneidade conforme á declaración responsable subscrita.

3. AS FUNCIÓNS DO GOBERNO

O Goberno ten asignadas diversas funcións constitucionais: exerce a iniciativa lexislativa (artigos 87 e 88 da CE); establece as directrices políticas do Estado (artigo 97 da CE); responde da súa xestión política ante o Congreso dos Deputados (artigo 108 da CE); o seu presidente pode formular a cuestión de confianza ante o Congreso (artigo 112 da CE) e pódesele esixir a responsabilidade política mediante unha moción de censura (artigo 113 da CE); o seu presidente pode propoñer a disolución das cámaras lexislativas (artigo 115 da CE); correspóndelle propoñer ao rei o nomeamento do fiscal xeral do Estado (artigo 124 da CE) etc.

Xunto a estas funcións, o Goberno é, ademais, suxeito de actividade administrativa. Principalmente, exerce a potestade regulamentaria (artigo 97 da CE) e, polo tanto, está

suxeito ao oportuno control xurisdiccional (artigo 106.1 da CE) e aos condicionamentos para a elaboración das disposicións administrativas (artigo 105.a da CE).

A Lei do Goberno concreta pormenorizadamente algunhas das funcións do Goberno que, de modo xenérico, regula a CE. En particular, o seu título V ocúpase do exercicio da iniciativa lexislativa e da potestade regulamentaria, no marco do establecido polo título VI da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

De acordo co artigo 25 da Lei do Goberno, este aprobará anualmente un plan normativo que conterá as iniciativas lexislativas ou regulamentarias que vaian ser elevadas para a súa aprobación no ano seguinte. O plan anual normativo identificará, conforme aos criterios que se establezan regulamentariamente, as normas que haberán de someterse a unha análise sobre os resultados da súa aplicación, atendendo fundamentalmente ao custo que supoñen para a Administración ou os destinatarios e as cargas administrativas impostas a estes últimos. Este plan anual normativo estará coordinado polo Ministerio da Presidencia, co obxecto de asegurar a congruencia de todas as iniciativas que se tramiten e de evitar sucesivas modificacións do réxime legal aplicable a un determinado sector ou área de actividade nun curto espazo de tempo, e deberá enviárselle ao Consello de Ministros para a súa aprobación antes do 30 de abril.

Segundo o artigo 24 da Lei do Goberno, as decisións do Goberno da Nación e dos seus membros revisten as formas seguintes:

- a) Reais decretos lexislativos e reais decretos-leis, as decisións que aproban, respectivamente, as normas previstas nos artigos 82 e 86 da Constitución.
- b) Reais decretos do presidente do Goberno, as disposicións e actos cuxa adopción teña atribuída o presidente.
- c) Reais decretos acordados en Consello de Ministros, as decisións que aproben normas regulamentarias da competencia deste e as resolucións que deban adoptar a devandita forma xurídica.
- d) Acordos do Consello de Ministros, as decisións do devandito órgano colexiado que non deban adoptar a forma de real decreto.

e) Acordos adoptados en comisións delegadas do Goberno, as disposicións e resolucións de tales órganos colexiados. Tales acordos revestirán a forma de orde do ministro competente ou do Ministro da Presidencia, cando a competencia corresponda a distintos ministros.

f) Ordes ministeriais, as disposicións e resolucións dos ministros. Cando a disposición ou resolución lles afecte a varios departamentos revestirá a forma de Orde do Ministro da Presidencia, ditada por proposta dos ministros interesados.

4. O PRESIDENTE DO GOBERNO

O presidente dirixe e coordina a acción do Goberno, como pon de manifesto o artigo 98.2 da CE a función do presidente establecer o programa político do Goberno e determinar as directrices da política gobernativa, tanto interior, coma exterior e de defensa. Así mesmo, convoca, preside e fixa a orde do día das reunións do Consello de Ministros, crea, suprime e modifica os departamentos ministeriais e as secretarías de Estado, imparte instrucións aos ministros e resolve os conflitos de atribucións que poidan xurdir entre os ministerios (artigo 2.2 da Lei do Goberno).

O presidente ten, ademais, funcións constitucionais propias, como son as de representar o Goberno; propoñerlle ao rei, logo de deliberación do Consello de Ministros, a disolución das cámaras parlamentarias e a conseguinte convocatoria de eleccións; formular ante o Congreso dos Deputados a cuestión de confianza, igualmente logo de deliberación do Consello de Ministros; propoñerlle ao rei a convocatoria de referendo consultivo, logo de autorización do Congreso dos Deputados; referendar, se é o caso, os actos do rei e someter para a súa sanción as normas con rango de lei; interpoñer recursos de inconstitucionalidade e propoñerlle ao rei o nomeamento dos vicepresidentes e ministros (artigos 62, 64, 92, 100, 112, 115 e 162.1.a da CE e artigo 2.2 da Lei do Goberno). Así mesmo, o presidente do Goberno terá as funcións que lle poidan corresponder en virtude de leis especiais.

O presidente pode delegar o exercicio das competencias propias nos vicepresidentes ou nos ministros, pero non as que lle atribúe directamente a CE nin as atribuídas por unha lei que prohiba expresamente a delegación (artigo 20 da Lei do Goberno).

As disposicións e resolucións do presidente do Goberno revisten a forma de reais decretos

do presidente do Goberno e publícanse como tales.

5. OS MINISTROS

A Administración xeral do Estado estrutúrase en departamentos ministeriais, á fronte dos cales se encontran os ministros, que teñen a dobre condición de membros do Goberno, por un lado, e de xefes superiores da Administración (artigo 60.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público) por outra. Entre o Goberno e os ministros non existe unha relación de xerarquía, senón de dirección e de coordinación. A xerarquía administrativa culmina no ministro de cada departamento. De aí que os actos e decisións dos ministros poñan fin á vía administrativa (artigo 114.2, letra a) e b), da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas), é dicir, non cabe contra eles alzada ante o Consello de Ministros nin ante o presidente do Goberno.

Aínda que xeralmente os ministros son á vez membros do Goberno e xefes superiores do seu departamento, cabe a posibilidade de que existan tamén ministros sen ministerio (ou ministros sen carteira), aos que se lles atribuirá a responsabilidade de determinadas funcións gobernamentais. En caso de que existan ministros sen carteira, por real decreto determinarase o ámbito das súas competencias, a estrutura administrativa, así como os medios materiais e persoais que queden adscritos a este (artigo 4.2 da Lei do Goberno).

Os ministros son nomeados e separados polo rei por proposta do presidente do Goberno (artigo 100 da CE), seguindo razóns de confianza política. Como membros do Goberno participan no Consello de Ministros e, se é o caso, nas comisións delegadas do Goberno e son politicamente responsables das súas actividades e as do seu departamento, responsabilidade política que pode ser esixida polas Cortes Xerais a través dos instrumentos de control parlamentario (informacións, comparecencias, interpretacións, preguntas ou mocións, ex. artigos 109 a 111 da CE).

Na súa condición de membros do Goberno, correspóndenlles as funcións que establece o artigo 4.1 da Lei do Goberno, sen prexuízo das cales lles atribúe o artigo 61 da Lei 40/2015 como titulares do seu departamento. As funcións recollidas no artigo 4.1 da Lei do Goberno son as seguintes:

a) Desenvolver a acción do Goberno no ámbito do seu departamento, de conformidade

cos acordos adoptados en Consello de Ministros ou coas directrices do presidente do Goberno.

- b) Exercer a potestade regulamentaria nas materias propias do seu departamento.
- c) Exercer cantas outras competencias lles atribúan as leis, as normas de organización e funcionamento do Goberno e calquera outras disposicións.
- d) Referendar, se é o caso, os actos do rei en materia da súa competencia.

As disposicións e resolucións que ditén os ministros revisten a forma de ordes ministeriais e así se publican (indicando o ministerio do que proceden mediante a correspondente clave).

II. A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

O artigo 103.1 da CE sinala que "a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación con sometemento pleno á lei e ao dereito,".

Este precepto fai referencia, en primeiro lugar, ao carácter vicarial ou servizal da Administración pública ("serve con obxectividade os intereses xerais"); sinala a continuación algúns dos seus principios informadores, que o lexislador completou principalmente na Lei 40/2015 e, finalmente, declara o sometemento pleno da Administración á lei e ao dereito.

Cando sinala que a Administración "*serve con obxectividade os intereses xerais*" o constituínte parte da base de que a Administración pública é un poder servizal, non ao servizo dun determinado Goberno e menos do partido político gobernante, senón dos "intereses xerais". O servizo obxectivo aos intereses xerais impón, ademais, a neutralidade política da Administración ("serve con obxectividade..."), esixencia coherente, por outra parte, coa separación que a CE establece entre o Goberno (como órgano de dirección política) e a Administración (como organización servizal dirixida polo Goberno), á que máis adiante nos referiremos. Esta neutralidade política reclama a existencia dunha función pública profesionalizada –baixo a garantía da imparcialidade– e protexida da discrecionalidade política. De aí que o apartado 3 deste mesmo artigo 103 lle ordene ao lexislador a regulación do estatuto dos funcionarios públicos, o acceso á función pública de

acordo cos principios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercicio do seu dereito a sindicación, o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións.

Pola súa banda, a cláusula de *sometemento pleno á lei e ao dereito*, expresada como cláusula xeral, evita ámbitos inmunes de control da actuación da Administración e reforza a garantía para a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos que consagra o artigo 9.3 da CE. A aspiración, xa realizada a estas alturas de percorrido constitucional, de lograr o sometemento "pleno" necesitou contar con outra peza fundamental da CE que se encontra no artigo 106.1:

"Os tribunais controlan a potestade regulamentaria e a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican".

Veremos máis adiante unha das súas consecuencias máis importantes cal é a fiscalización dos actos políticos do Goberno.

Por último, o artigo 103 enumera unha serie dos principios informadores da organización e actuación da Administración, aos que nos referiremos máis detalladamente.

O artigo 3 da Lei 40/2015, despois de reiterar que as administracións públicas serven con obxectividade os intereses xerais e actúan de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á CE, á lei e ao dereito, engade que deberán respectar na súa actuación e relacións os seguintes principios:

- a) Servizo efectivo aos cidadáns.
- b) Simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns.
- c) Participación, obxectividade e transparencia da actuación administrativa.
- d) Racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión.
- e) Boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional.
- f) Responsabilidade pola xestión pública.
- g) Planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados

das políticas públicas.

h) Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados.

i) Economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais.

j) Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.

k) Cooperación, colaboración e coordinación entre as administracións públicas.

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA ORGANIZACIÓN E DA ACTUACIÓN DA ADMINISTRACIÓN:

Son moitos e variados os principios que se proxectan sobre a organización e a actuación da Administración pública, pero centrándonos nos que recolleu a CE e os que foron positivizados polo lexislador como consecuencia directa dos mandatos constitucionais, podemos aludir –segundo a SANZ LARRUGA– a tres modalidades de principios: en primeiro lugar, os que afectan con carácter xeral a todas as administracións públicas; en segundo lugar, os que debe seguir a Administración nas súas relacións cos cidadáns e, por último, aqueles que orientan as relacións entre as diferentes administracións públicas.

A. Principios xerais da actuación administrativa:

a) O principio da eficacia

Partindo da esencial funcionalidade da Administración pública española, é dicir, o *servizo aos intereses xerais*, este servizo debe cumprirse –por mandato constitucional– *con eficacia* (cfr. artigo 103.1 da CE). A eficacia administrativa é un principio xurídico constitucional que ten a súa ancoraxe na cláusula do Estado social proclamado no artigo 1.1 da CE do que derivan unha serie de valores, bens e principios. Aínda que a eficacia se proxecta na CE, con carácter xeral, sobre a acción de todos os poderes públicos desempeña unha función específica sobre a organización administrativa, xustamente en canto instrumento servizal da execución das leis e a prestación dos servizos públicos.

Como sinala PAREJO ALFONSO, "o principio de eficacia proclamado no artigo 103.1 da CE implica, en último termo, *a necesidade xurídica da realización en cada momento histórico, da situación consistente na plena, satisfactoria e coherente efectividade do interese xeral*, entendido como síntese da pluralidade de concretos intereses, valores ou bens protexidos simultaneamente pola comunidade xurídica e encomendados precisamente ao poder

público administrativo".

O principio de eficacia calou fondamente no grupo normativo relativo ao réxime das administracións públicas e equivale ao que xenérica e tradicionalmente se chamou "boa administración".

b) O principio de descentralización

O principio de descentralización proclamado na CE ten o seu fundamento axiolóxico na cláusula do Estado democrático que persecue un valor superior do ordenamento xurídico: o *pluralismo* (artigo 1.1). A descentralización é un concepto político e xurídico que se utiliza para explicar moi diferentes realidades pero que aplicado á Administración pública remite primariamente á idea dunha *maior proximidade da xestión administrativa ao cidadán*.

A descentralización, e o seu oposto, a centralización (polo que, claramente non opta a CE), "fai referencia –segundo ARIÑO ORTIZ– ao modo de *organizarse a acción administrativa* do Estado, entendido este como *complexo organizativo*, integrado por unha *diversidade de centros* de poder". En todo caso –e malia a súa compatibilidade– debe distinguirse a descentralización da autonomía; como sinala MEILÁN GIL, esta supón "a atribución de competencias inmediata e mediatamente derivadas da CE", mentres que aquela implica "un traspaso de competencias habilitado –e querido– pola CE".

O principio de descentralización, tal como é proclamado no artigo 103.1 da CE, proxéctase principalmente sobre cada Administración pública, que debe actuar descentralizadamente as súas competencias propias a través das administracións públicas inferiores; esta actuación descentralizada pódese alcanzar, como explica SANTAMARÍA PASTOR, mediante dúas vías: por un lado, cada Administración pública superior debe conferirlles ás inferiores un nivel de participación no exercicio das súas competencias propias para a axeitada defensa e xestión dos seus intereses; por outro lado, cada Administración superior debe tender a confiarlles ás administracións públicas inferiores a xestión concreta das potestades administrativas que non esixan xestión centralizada a través de transferencia ou delegación desas potestades.

c) O principio de xerarquía

O principio de xerarquía constitúe a regra tradicional de estruturación interna da

organización administrativa. Non obstante, o modelo organizativo piramidal e xerarquizado que dominou a organización administrativa preconstitucional sufriu numerosas transformacións, principalmente como consecuencia do novo modelo territorial do Estado e a multiplicación de suxeitos que comparten a realización dos intereses xerais, mesmo fóra do ámbito xurídico público, entre os que predomina, por enriba da idea de xerarquía, a de dirección ou tutela.

B. Principios xerais das relacións entre as administracións públicas e os cidadáns

a) O servizo aos cidadáns

En conexión directa co obxectivo de servizo eficaz aos intereses xerais que toda Administración está chamada a lograr, a perspectiva do "servizo aos cidadáns" foi calando no ordenamento xurídico. Primeiro foi a Lei 30/1992 a que recolleu este principio –no artigo 3.2– e potenciou a posición dos "cidadáns" a través do recoñecemento dunha serie de dereitos –os enumerados no artigo 35–, que pretenden marcar unha nova filosofía na relación entre a Administración e os cidadáns. Unha nova liña, enmarcada no proceso de modernización das administracións públicas, que foi proseguida pola LOFAGE, onde tamén se contemplaba o "principio de servizo aos cidadáns" (artigos 3.2.f) e 4), e que agora ten a súa continuidade nos dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas consagrados no artigo 13 da Lei 39/2015 e nos principios xerais do artigo 3 da Lei 40/2015.

O desenvolvemento deste principio esténdese sobre tres aspectos fundamentais, recollidos nas letras a), b) e d) do artigo 3.1, parágrafo segundo, da Lei 40/2015: en primeiro lugar, o "servizo efectivo aos cidadáns"; en segundo lugar, a "simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns"; e en terceiro lugar, a "racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión". Trátase, en definitiva, de aproximar a Administración pública aos postulados da "nova xestión pública", que se caracteriza por unha orientación ao cidadán-cliente, maior liberdade na xestión dos recursos e o persoal, medición do rendemento, investimento en recursos tecnolóxicos e humanos e receptividade ante a competencia. Neste sentido, o propio artigo 3.1, parágrafo segundo, da Lei 40/2015 menciona tamén os principios de "responsabilidade

pola xestión pública", "planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados das políticas públicas" e "eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados".

b) A boa fe e a confianza lexítima

Na mesma dirección de apertura das administracións públicas cara aos cidadáns se sitúa a positivización de dous principios que foran utilizados con anterioridade na xurisprudencia administrativa, o de "boa fe" e o de "confianza lexítima", agora recollidos na letra e) do artigo 3.1, parágrafo segundo, da Lei 40/2015.

O principio de boa fe, cunha longa tradición no dereito privado –e tras superarse as obxeccións sobre a súa aplicación ao dereito administrativo–, veu sendo aplicado, con toda normalidade, pola xurisprudencia contencioso-administrativa. Como sinala GONZÁLEZ PÉREZ, a boa fe "constitúe a canle para a integración de todo o ordenamento xurídico conforme á *idea de crenza e confianza*" e "pode contribuír a humanizar as relacións entre administradores e administrados"; a aplicación do principio de boa fe –segue dicindo este autor– permitiralle ao administrado *recobrar a confianza en que a Administración non vai esixir máis do que estritamente sexa necesario* para a realización dos fins públicos que en cada caso concreto persiga.

En canto ao "principio da confianza lexítima", ten a súa orixe, tal como sinala CASTILLO BLANCO, na doutrina e xurisprudencia alemás, sendo recibido posteriormente no dereito comunitario. No noso país é recente a súa introdución por vía xurisprudencial, antes de ser incorporado á Lei 30/1992 pola reforma levada a cabo pola Lei 4/1999, de onde pasou á vixente Lei 40/2015. A confianza lexítima tende a sobrepoñer a seguridade xurídica e a estabilidade aos cambios repentinos do proceder administrativo nas súas relacións cos cidadáns, e defende a confianza destes fundada en signos ou actos externos que a Administración manifestamente realiza.

c) A participación, a obxectividade e a transparencia

A participación, a obxectividade e a transparencia deben de orientar, así mesmo, a actuación das administracións públicas na súa relación cos cidadáns (artigo 3.1, parágrafo segundo, letra c), da Lei 40/2015).

A CE encoméndalles aos poderes públicos "facilitar a participación de todos os cidadáns na

vida política, económica, cultural e social" (artigo 9.2) e, correlativamente, recoñece o dereito dos cidadáns a participar nos asuntos públicos (artigo 23.1). Ademais, e respecto a determinados ámbitos da actividade administrativa, recoñécese expresamente o dereito de participación (artigo 27, dereito á educación; artigo 48, participación da xuventude).

En canto á obxectividade, o artigo 103.1 da CE proclama que "a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais con sometemento pleno á lei e ao dereito". Nun Estado democrático de Dereito, a Administración obtén a súa lexitimidade do seu carácter de instrumento obxectivo ao servizo dos intereses xerais baixo a dirección do Goberno e do seu sometemento pleno á lei e ao dereito xerados democraticamente, é dicir, a Administración non pode ter intereses propios, senón que ha de servir os intereses xerais tal como son definidos polos órganos políticos lexitimados democraticamente e con estrito respecto ao principio de legalidade. Pero ao mesmo tempo o principio de igualdade de todos os cidadáns ante a lei obriga a Administración como organización, e a cada un dos seus empregados e axentes individualmente considerados, a desenvolver a súa actividade sen facer acepción de persoas, o que non significa ignorar os intereses privados que se ven afectados por esa actividade, senón, xusto ao contrario, buscar a súa integración cos intereses xerais. Así mesmo, a obxectividade da Administración ten un compoñente non menos importante de racionalización da toma de decisións, que se relaciona de xeito directo co principio constitucional de eficacia da actuación administrativa.

O principio de transparencia das administracións públicas –como copia da obxectividade e directamente relacionada co da participación– proxéctase en tensión dialéctica co deber de segredo ou de sixilo que en certos ámbitos é preciso salvagardar. Aínda que a súa operatividade se manifesta especialmente sobre o dereito de acceso aos arquivos e rexistros expresado na CE (artigo 105.b), entendemos que no sistema democrático todos os poderes públicos –e entre eles a Administración– teñen, como di GONZÁLEZ NAVARRO, o deber de "explicar, razoada e razoablemente, a súa actuación". Ademais, a vixencia do principio de transparencia administrativa no dereito comunitario, tanto no seu dereito primario como derivado, vai propiciar a súa extensión e desenvolvemento.

Destacamos a promulgación da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, que ten por obxecto ampliar e reforzar a

transparencia da actividade pública, regular e garantir o dereito de acceso á información relativa a aquela actividade e establecer as obrigas de bo goberno que deben cumprir os responsables públicos.

A lei aplícase a todas as administracións públicas e a todo o sector público estatal, así como a outras institucións, como son a Casa da súa Maxestade o Rei, o Consello Xeral do Poder Xudicial, o Tribunal Constitucional, o Congreso dos Deputados, o Senado, o Banco de España, o Valedor do pobo, o Tribunal de Contas, o Consello Económico e Social e as institucións autonómicas análogas, en relación coas actividades suxeitas a dereito administrativo.

A lei establece as obrigas de publicación que lles afectan ás entidades públicas para garantir a transparencia na súa actividade e regula o dereito de acceso dos cidadáns á información pública.

Moitas comunidades autónomas ditaron tamén a súa propia normativa ao respecto, como aconteceu no caso de Galicia coa Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno.

C. Principios xerais nas relacións interadministrativas

Os principios xerais que rexen as relacións interadministrativas aparecen enunciados no artigo 140.1 da Lei 40/2015, e son os seguintes:

- a) Lealdade institucional.
- b) Adecuación á orde de distribución de competencias establecida na Constitución e nos estatutos de autonomía e na normativa do réxime local.
- c) Colaboración, entendida como o deber de actuar co resto de administracións públicas para o logro de fins comúns.
- d) Cooperación, cando dúas ou máis administracións públicas, de xeito voluntario e en exercicio das súas competencias, asumen compromisos específicos en prol dunha acción común.
- e) Coordinación, en virtude da que unha administración pública e singularmente, a Administración xeral do Estado, ten a obriga de garantir a coherencia das actuacións das diferentes administracións públicas afectadas por unha mesma materia para a consecución

dun resultado común, cando así o prevé a Constitución e o resto do ordenamento xurídico.

f) Eficiencia na xestión dos recursos públicos, compartindo o uso de recursos comúns, salvo que non resulte posible ou se xustifique en termos do seu mellor aproveitamento.

g) Responsabilidade de cada administración pública no cumprimento das súas obrigas e compromisos.

h) Garantía e igualdade no exercicio dos dereitos de todos os cidadáns nas súas relacións coas diferentes administracións.

i) Solidariedade interterritorial de acordo coa Constitución.

Deles os principais, de acordo coa xurisprudencia do Tribunal Constitucional, son a lealdade institucional, a cooperación e colaboración e a coordinación interadministrativa.

a) A lealdade institucional

A "lealdade institucional" preséntase na vixente lexislación administrativa como a *clave de bóveda das relacións interadministrativas* (artigos 3.1, parágrafo segundo, letra e), in fine, e 140.1, letra a), da Lei 40/2015). Trátase, en definitiva, como sinala SANTAMARÍA PASTOR, do "deber dos entes territoriais de comportarse conforme aos criterios de boa fe e de lealdade ou fidelidade ao sistema"; por parte do Estado, está obrigado a aceptar o carácter plural do modelo territorial; e por parte dos entes territoriais inferiores, deben aceptar a súa pertenza a un sistema superior.

A concreción do principio articúlase mediante unha serie de deberes mutuos entre as diferentes administracións, primeiramente restrinxidos á Administración local (cfr. artigo 55 da LBRL) e posteriormente xeneralizados para todas: respecto por cada administración ao exercicio lexítimo das competencias doutras administracións; ponderación por cada administración da totalidade dos intereses públicos implicados no exercicio das súas propias competencias; facilitación ás outras administracións da información necesaria para o exercicio das súas competencias; cooperación e asistencia activa ás administracións que o soliciten.

b) A cooperación e colaboración

Como copia do deber recíproco de lealdade constitucional, a cooperación e a colaboración resultan –como recoñeceu o Tribunal Constitucional (en diante, TC)– fundamentais para o

funcionamento integrado do sistema, tendo por obxecto "flexibilizar e prever as disfuncións derivadas do sistema de distribución de competencias" (STC 214/1989). Aínda que os principios de cooperación e colaboración non posúen rango constitucional, a xurisprudencia do TC encargouse –rapidamente– de destacar a súa importancia na definición da estrutura territorial do Estado. Hoxe están positivizados como principios xerais das relacións interadministrativas nas letras c) e d) do artigo 140.1 da Lei 40/2015:

c) Colaboración, entendida como o deber de actuar co resto de administracións públicas para o logro de fins comúns.

d) Cooperación, cando dúas ou máis administracións públicas, de xeito voluntario e en exercicio das súas competencias, asumen compromisos específicos en prol dunha acción común.

En tensión dialéctica co concepto de coordinación, a cooperación caracterízase –como di MENÉNDEZ REXACH– por ser voluntaria e por estar as entidades cooperantes en pé de igualdade xurídica, o que impide que ningunha delas lle impoña á outra a súa decisión. Pola súa banda, a colaboración constitúe unha actividade complementaria, auxiliar ou coadxuvante, ten a xeito de contrapeso á autonomía das entidades territoriais, en garantía da unidade do sistema, un sentido de contribución ou asistencia a tarefas que primariamente corresponden a outro ou nas que o colaborador non é protagonista. En todo caso, o deber xeral de cooperación establecido na lexislación administrativa (LPAC e LBRL) engloba unha variada gama de supostos heteroxéneos, cuxo único denominador común é a pretensión de *acentuar a visión de conxunto do sistema institucional na actuación das entidades que o integran*, e evitar que esa actuación se leve a cabo dende perspectivas exclusivistas ou illadas.

c) A coordinación

A diferenza dos principios antes salientados, a coordinación é un principio constitucional que se vincula directamente á actuación das administracións públicas (artigo 103.1 da CE). Non obstante, como destacou BLANCO DE TELLA, a coordinación máis que un principio é un resultado. E neste sentido, esta relaciónase intimamente cos principios de colaboración e cooperación xa que –como di MENÉNDEZ REXACH– a coordinación como resultado non se logra mediante calquera modalidade de exercicio de competencias propias, senón

mediante o seu exercicio cooperativo e colaborador.

A coordinación, ademais de constituír un *título competencial* na CE para diferentes materias (así, por exemplo, a planificación xeral da actividade económica: artigo 149.1.13), é un *principio de organización* que persegue a coherencia na actuación do conxunto das institucións públicas ou –como sinala SÁNCHEZ MORÓN– a *integración das partes no todo*, evitar contradicións e disfuncións mediante a fixación de medios e sistemas de relación axeitados e mediante a acción conxunta das autoridades implicadas en cada caso. E para iso, a coordinación maniféstase nunha potestade atribuída a un ente ou órgano público –o coordinador– para asegurar a acción coherente doutros –os coordinados– ou destes outros con aquel; trátase –en palabras do TC– de "certo poder de dirección, consecuencia da posición de superioridade en que se encontra o que coordina respecto ao coordinado" (STC 214/1989), e ademais é compatible coa autonomía a xeito de simple límite ao exercicio desta.

Neste sentido aparece definida como principio xeral das relacións interadministrativas na letra e) do artigo 140.1 da Lei 40/2015:

e) Coordinación, en virtude da que unha administración pública e singularmente, a Administración Xeral do Estado, ten a obriga de garantir a coherencia das actuacións das diferentes administracións públicas afectadas por unha mesma materia para a consecución dun resultado común, cando así o prevé a Constitución e o resto do ordenamento xurídico.

2. GOBERNO E ADMINISTRACIÓN: CONTROL DOS ACTOS POLÍTICOS

Unha vez analizados os trazos característicos do Goberno e da Administración pública, é preciso relacionar os dous principais preceptos constitucionais do título IV, que se denomina, precisamente, "Do Goberno e a súa Administración": o primeiro, o artigo 97, onde o Goberno aparece como o seu órgano director ("O Goberno dirixe (...) a Administración civil e militar"), e o segundo, o artigo 103.1, que constitúe o dato esencial daquela: "A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao dereito".

Ambos os dous preceptos remítennos directamente á "natureza vicarial ou servizal" que caracteriza a Administración pública no Estado democrático. Como organización

burocrática profesionalizada –di SANTAMARÍA PASTOR– a Administración pública carece, en si mesma, de lexitimidade propia; encóntrase esencialmente subordinada, na súa estrutura e funcionamento, ás institucións políticas representativas". Son precisamente os devanditos entes políticos representativos os que teñen por función definir cales son os intereses xerais. As cámaras lexislativas a través do exercicio da potestade lexislativa do Estado (artigo 66.2 da CE) e o Goberno mediante o exercicio da función executiva (artigo 97 da CE). Por iso, a Administración pública está sometida a unha dobre suxeición: ao principio de legalidade e ao poder de dirección do Goberno.

O Goberno é, ante todo, un órgano do Estado, suxeito de actividade administrativa –reflectida de xeito primordial a través do exercicio da potestade regulamentaria– pero que realiza tamén outras actividades máis relevantes de carácter eminentemente político. Indubidablemente, isto é compatible coa integración dos membros do Goberno, individualmente considerados, no complexo orgánico da Administración, como se deriva dos preceptos constitucionais antes citados.

Pola contra, a Administración pública é un complexo orgánico, un conxunto de órganos que, baixo o liderado político do Goberno (artigos 97 e 152 e paralelos dos estatutos de autonomía), ten por función constitucional "servir con obxectividade os intereses xerais" (artigo 103.1 da CE). Pero xustamente por esta razón, a dirección política da Administración non pode dexenerar na súa politización, senón que debe garantirse a súa neutralidade política, unha peculiar forma de actuación que GARRIDO FALLA denominou "eficacia indiferente". Con todo, debe advertirse que o ordenamento xurídico permite que certas entidades administrativas gocen dun elevado grao de independencia no seu goberno, atendendo aos particulares fins e funcións que están chamadas a servir. É o caso das denominadas "administracións independentes".

Pois ben, a distinción entre Goberno e Administración foi a causa dunha das cuestións historicamente máis espiñentas do dereito administrativo: a negación do control xurisdiccional sobre os chamados "actos políticos do Goberno". Tradicionalmente viña admitíndose de forma pacífica que, xunto ás funcións "administrativas", existían outro tipo de funcións, as "políticas" confiadas a órganos supremos do Estado (o Goberno) en relación con certas materias (a defensa do territorio nacional, as relacións internacionais, a seguridade interior do Estado etc.). O Goberno, afirmábase, ten carácter bifronte (función

política e función administrativa, como se desprende, por exemplo, do artigo 97 da CE), e en canto órgano constitucional ten encomendadas funcións propiamente administrativas e funcións propiamente políticas. Estas últimas funcións declarábanse excluídas do control xurisdiccional, sobre a base de que non eran "actos administrativos" ou "actos sometidos ao dereito administrativo".

A consagración do Estado de dereito que se produce coa aprobación da CE obrigaba a reformularse a categoría dos "actos políticos" e así o fixo a xurisprudencia, con importantes esforzos orientados a clarificar o concepto posconstitucional de "acto político" e a articular fórmulas para o seu control, co fin de evitar excepcións á cláusula de dereito e pechar calquera ámbito de actuación inmune ao control xurisdiccional. Con estes propósitos, o Tribunal Supremo, antes da entrada en vigor da vixente lei xurisdiccional, xa conseguira reducir o alcance e contido da expresión "actos políticos do Goberno" con manifestacións como as seguintes:

- O "acto político" ten un autor predeterminado: acto político "do Goberno", e non dos ministros individualmente ou de autoridades inferiores a eles.
- O acto político resulta só do exercicio de competencias constitucionalmente atribuídas ao Goberno.
- O núcleo político da decisión é dunha "discrecionalidade e oportunidade máximas", de maneira que os tribunais se mostran moi reticentes a controlalo. Pero fóra dese núcleo son varias as vías de control empregadas pola xurisprudencia: cando os actos políticos lles afecten a dereitos fundamentais, debe salvagardarse a integridade deses dereitos fronte a calquera acción, administrativa ou política, porque a propia CE lles reserva un lugar de privilexio no sistema constitucional, que non debe ceder ante criterios de oportunidade ou discrecionalidade; cando na toma de decisión non se respecten as esixencias legais obxectivas, é dicir, condicionantes, procedementos ou requisitos carentes de calquera tinguadura discrecional, o control por parte dos tribunais é posible e ilimitado no que respecta a eses elementos da decisión que poderíamos chamar "regulados" ou "non políticos".

Todos estes criterios foron tidos en conta polo lexislador á hora de elaborar primeiro a Lei do Goberno e pouco despois a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición

contencioso-administrativa.

A Lei do Goberno dedícalle o seu artigo 29 a esta cuestión:

"1. O Goberno está suxeito á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico en toda a súa actuación.

2. Todos os actos e omisións do Goberno están sometidos ao control político das Cortes Xerais.

3. Os actos, a inactividade e as actuacións materiais que constitúan unha vía de feito do Goberno e dos órganos e autoridades regulados na presente lei son impugnables ante a xurisdición contencioso-administrativa, de conformidade co disposto na súa lei reguladora.

4. A actuación do Goberno é impugnable ante o Tribunal Constitucional nos termos da lei orgánica reguladora deste".

No artigo 2 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa dispónse:

A orde xurisdiccional contencioso-administrativo coñecerá das cuestións que se susciten en relación con:

- a) A protección xurisdiccional dos dereitos fundamentais, os elementos regulados e a determinación das indemnizacións que fosen procedentes, todo iso en relación cos actos do Goberno ou dos consellos de goberno das comunidades autónomas, calquera que fose a natureza dos devanditos actos,".

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *La Administración Pública Española* (dir. J. RODRÍGUEZ ARANA), INAP, Madrid, 2002.

AA.VV. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1.ª ed., 2009.

ÁLVAREZ RICO, M. *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid, 1997.

ARIÑO ORTIZ, G. "Principio de descentralización y desconcentración", *Documentación administrativa* n.º 214.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, 26.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A. et. alt. *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ MARÍN, A. *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*, 11.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 11

A ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO. A SÚA ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS SUPERIORES E ÓRGANOS DIRECTIVOS. A ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DO ESTADO. OS DELEGADOS DO GOBERNO NAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. OS SUBDELEGADOS DO GOBERNO NAS PROVINCIAS E OS DIRECTORES INSULARES. A ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO NO EXTERIOR.

TEMA 11. A ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO. A SÚA ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS SUPERIORES E ÓRGANOS DIRECTIVOS. A ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DO ESTADO. OS DELEGADOS DO GOBERNO NAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. OS SUBDELEGADOS DO GOBERNO NAS PROVINCIAS E OS DIRECTORES INSULARES.

I. A ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO

1. Consideracións previas

O artigo 97 da Constitución española de 1978 dispón que "o Goberno dirixe a política interior e exterior, a Administración civil e militar e a defensa do Estado. Exerce a función executiva e a potestade regulamentaria de acordo coa Constitución e as leis". Este precepto recolle a distinción entre Goberno e Administración que, posteriormente, se reflectiu nas leis que regulan un e outra: a Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, e a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Doutrinalmente, a Administración do Estado adóitase clasificar en:

A. Administración civil, militar e no exterior. Con esta primeira clasificación trátase de poñer de manifesto que, xunto á Administración civil que desenvolve as súas funcións no interior da Nación, cabe diferenciar a Administración militar e a Administración civil no exterior. A primeira, a Administración militar, réxese pola súa lexislación específica e polas bases establecidas na Lei orgánica 5/2005, do 17 de novembro, da defensa nacional (disposición adicional décimo cuarta da Lei 40/2015); a segunda está constituída polo Servizo Exterior do Estado, que se rexe en todo o concernente á súa composición, organización, funcións, integración e persoal polo disposto na Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do Servizo Exterior do Estado e na súa normativa de desenvolvemento, e só supletoriamente pola Lei 40/2015 (artigo 80 desta última).

B. Administración central e periférica. Esta clasificación pretende significar que a Administración xeral do Estado, que exerce as súas competencias en todo o territorio nacional, actúa a través de dous tipos de órganos: os centrais, que exercen as súas potestades en todo o territorio nacional; e os periféricos, que actúan nunha parte do territorio. Neste sentido, o artigo 55 da Lei 40/2015 establece que a Administración xeral do Estado comprende a organización central, que integra os ministerios e os servizos

comúns, e a organización territorial, que responde ao principio de xestión territorial integrada en delegacións do Goberno nas comunidades autónomas, salvo as excepcións previstas pola lei.

2. Personalidade xurídica, órganos e unidades administrativas

A Administración xeral do Estado, como o resto das administracións públicas, actúa con personalidade xurídica única (artigo 3.4 da Lei 40/2015). A atribución de personalidade xurídica á Administración ten por finalidade determinar o suxeito de dereito ao que se lle imputan as relacións xurídicas con outros suxeitos, xa sexa públicos ou privados (SÁNCHEZ MORÓN).

A partir dese dato da personalidade xurídica é preciso engadir que a Administración é unha organización complexa, integrada por un conxunto heteroxéneo de órganos xerarquicamente ordenados que son creados, rexidos e coordinados de acordo coa lei (artigo 103.2 CE).

De conformidade co artigo 5 da Lei 40/2015, teñen a consideración de órganos administrativos as unidades administrativas ás que se les atribúan funcións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros, ou cuxa actuación teña carácter preceptivo. Correspóndelle a cada administración pública delimitar, no seu respectivo ámbito competencial, as unidades administrativas que configuran os órganos administrativos propios das especialidades derivadas da súa organización.

No caso da Administración xeral do Estado, o artigo 56 da Lei 40/2015 establece que as unidades administrativas son os elementos organizativos básicos das estruturas orgánicas. Comprenden postos de traballo ou dotacións de equipo vinculados funcionalmente por razón dos seus labores e organicamente por unha xefatura común, podendo existir unidades administrativas complexas, que agrupen dúas ou máis unidades menores. As unidades administrativas establécense mediante as relacións de postos de traballo, que se aprobarán de acordo coa súa regulación específica, e intégranse nun determinado órgano.

II. A SÚA ORGANIZACIÓN

1. Os principios de organización, funcionamento e relacións cos cidadáns

O artigo 54.1 da Lei 40/2015 establece que a Administración xeral do Estado actúa e se

organiza de acordo cos principios establecidos no artigo 3 desta lei, así como os de descentralización funcional e desconcentración funcional e territorial.

O artigo 3 da Lei 40/2015 reitera o contido do artigo 103.1 da Constitución, segundo o cal as administracións públicas serven con obxectividade os intereses xerais e actúan de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á Constitución, á lei e ao Dereito, e engade que deberán respectar na súa actuación e relacións os seguintes principios:

- a) Servizo efectivo aos cidadáns.
- b) Simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns.
- c) Participación, obxectividade e transparencia da actuación administrativa.
- d) Racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión.
- e) Boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional.
- f) Responsabilidade pola xestión pública.
- g) Planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados das políticas públicas.
- h) Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados.
- i) Economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais.
- j) Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración e coordinación entre as administracións públicas.

2. Estrutura ministerial

A Administración xeral do Estado organízase en Presidencia do Goberno e en ministerios, e cada un deles comprende un ou varios sectores funcionalmente homoxéneos de actividade administrativa (artigo 57.1 da Lei 40/2015), sen prexuízo da existencia de órganos superiores ou directivos ou organismos públicos non integrados ou dependentes, respectivamente, na estrutura xeral do ministerio que con carácter excepcional se adscriban directamente ao ministro (artigo 57.2).

Nos ministerios poden existir secretarías de Estado e secretarías xerais, para a xestión dun

sector de actividade administrativa (artigo 58.1). A determinación do número, a denominación e o ámbito de competencia respectivo dos ministerios e as secretarías de Estado establécense mediante Real decreto do presidente do Goberno (artigo 57.3).

Os ministerios contan, en todo caso, cunha subsecretaría, e dependendo dela unha secretaría xeral técnica, para a xestión dos servizos comúns (artigo 58.2 da lei 40/2015). Destes últimos ocúpase máis detalladamente o artigo 68 da Lei 40/2015, que sinala que lles corresponde o asesoramento, o apoio técnico e, se é o caso, a xestión directa en relación coas funcións de planificación, programación e orzamentos, cooperación internacional, acción no exterior, organización e recursos humanos, sistemas de información e comunicación, produción normativa, asistencia xurídica, xestión financeira, xestión de medios materiais e servizos auxiliares, seguimento, control e inspección de servizos, estatística para fins estatais e publicacións. Mediante real decreto poderá preverse a xestión compartida dalgúns dos servizos comúns que poderá realizarse das formas seguintes:

- a) Mediante a súa coordinación directa polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ou por un organismo autónomo vinculado ou dependente deste, que prestarán algúns destes servizos comúns a outros ministerios.
- b) Mediante a súa coordinación directa pola subsecretaría de cada ministerio ou por un organismo autónomo vinculado ou dependente desta que prestará algúns destes servizos comúns a todo o ministerio. O real decreto que determine a xestión compartida dalgúns dos servizos comúns concretará o réxime de dependencia orgánica e funcional do persoal que viñera prestando o servizo respectivo en cada unidade.

Ademais, nos ministerios existe un número variable de direccións xerais, que son os órganos de xestión dunha ou varias áreas funcionalmente homoxéneas (artigo 58.3 da Lei 40/2015). As direccións xerais organízanse en subdireccións xerais para a distribución das competencias encomendadas a aquelas, a realización das actividades que lles son propias e a asignación de obxectivos e responsabilidades. Sen prexuízo do anterior, poderán adscribirse directamente subdireccións xerais a outros órganos directivos de maior nivel ou a órganos superiores do ministerio (artigo 58.4).

De acordo co artigo 59 da Lei 40/2015, as subsecretarías, as secretarías xerais, as

secretarías xerais técnicas, as direccións xerais, as subdireccións xerais, e órganos similares aos anteriores créanse, modifícanse e suprimense por real decreto do Consello de Ministros, por iniciativa do ministro interesado e por proposta do ministro de Facenda e Administracións Públicas, mentres que os órganos de nivel inferior a subdirección xeral se crean, se modifican e se suprimen por orde do ministro respectivo, logo da autorización do ministro de Facenda e Administracións Públicas. Por último, as unidades que non teñan a consideración de órganos créanse, modifícanse e suprimense a través das relacións de postos de traballo.

III. ÓRGANOS SUPERIORES E ÓRGANOS DIRECTIVOS

A distinción entre órganos superiores e órganos directivos foi introducida na Administración xeral do Estado pola Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, e hoxe está recollida no artigo 55 da Lei 40/2015. Segundo este:

- Na organización central son órganos superiores e órganos directivos:

a) Órganos superiores:

1. Os ministros
2. Os secretarios de Estado

b) Órganos directivos:

1. Os subsecretarios e secretarios xerais
2. Os secretarios xerais técnicos e directores xerais
3. Os subdirectores xerais

- Na organización territorial da Administración xeral do Estado son órganos directivos tanto os delegados do Goberno nas comunidades autónomas, que terán rango de subsecretario, coma os subdelegados do Goberno nas provincias, os cales terán nivel de subdirector xeral.

- Na Administración xeral do Estado no exterior son órganos directivos os embaixadores e representantes permanentes ante organizacións internacionais.

Todos eles, menos os subdirectores xerais e asimilados, teñen a condición de altos cargos,

co que se lles aplica o previsto na Lei 3/2015, do 30 de marzo, reguladora do exercicio do alto cargo da Administración xeral do Estado.

Correspóndelles aos órganos superiores establecer os plans de actuación da organización situada baixo a súa responsabilidade e aos órganos directivos o seu desenvolvemento e execución. Todos os demais órganos da Administración xeral do Estado se encontran baixo a dependencia ou dirección dun órgano superior ou directivo.

En canto ao nomeamento e separación do cargo, no caso dos ministros compételle ao rei por proposta do presidente do Goberno, tal como establece o artigo 62.e) da Constitución. No caso dos demais órganos superiores e directivos, lévase a cabo por real decreto do Consello de Ministros por proposta do ministro correspondente (ou do presidente do Goberno, se dependen directamente deste), salvo os subdirectores xerais, que son nomeados e separados polo ministro, secretario de Estado ou subsecretario do que dependan (artigo 67.2 da Lei 40/2015).

Engade o artigo 55.11 da Lei 40/2015 que, sen prexuízo do previsto na Lei 3/2015, do 30 de marzo, reguladora do exercicio do alto cargo da Administración xeral do Estado, os titulares dos órganos superiores e directivos son nomeados atendendo a criterios de competencia profesional e experiencia, sendo de aplicación ao desempeño das súas funcións:

- a) A responsabilidade profesional, persoal e directa pola xestión desenvolvida.
- b) A suxeición ao control e á avaliación da xestión polo órgano superior ou directivo competente, sen prexuízo do control establecido pola Lei xeral orzamentaria.

A ordenación xerárquica destes órganos está regulada no artigo 60 da Lei 40/2015, que establece que os ministros son os xefes superiores do departamento e superiores xerárquicos directos dos secretarios de Estado e subsecretarios. Pola súa banda, os órganos directivos dependen dalgún dos anteriores e ordénanse xerarquicamente entre si da seguinte forma: subsecretario, director xeral e subdirector xeral. Os secretarios xerais teñen categoría de subsecretario e os secretarios xerais técnicos teñen categoría de director xeral.

1. Os ministros

Sen prexuízo da súa condición de membros do Goberno e as funcións que como tales lles corresponden, os ministros, como titulares do departamento sobre o que exercen a súa competencia, dirixen os sectores de actividade administrativa integrados no seu ministerio, e asumen a responsabilidade inherente á devandita dirección.

As súas atribucións enuméranse no artigo 61 da Lei 40/2015 e poden sistematizarse así:

- a) A *dirección do ministerio*, o que inclúe fixar os seus obxectivos, aprobar os plans de actuación deste e asignar os recursos necesarios para a súa execución, dentro dos límites das dotacións orzamentarias correspondentes; determinar e, se é o caso, propoñer a organización interna do seu ministerio; avaliar a realización dos plans de actuación do ministerio por parte dos órganos superiores e órganos directivos e exercer o control de eficacia respecto da actuación dos devanditos órganos e dos organismos públicos dependentes; nomear e separar os titulares dos órganos directivos do ministerio e dos organismos públicos ou entidades de dereito público dependentes deste, cando a competencia non lle estea atribuída ao Consello de Ministros, a outro órgano ou ao propio organismo, así como enviar a aquel as propostas de nomeamentos que lle estean reservadas de órganos directivos do ministerio e dos organismos públicos dependentes deste; dirixir a actuación dos titulares dos órganos superiores e directivos do ministerio, impartirlles instrucións concretas e delegarles competencias propias; decidir a representación do ministerio nos órganos colexiados ou grupos de traballo nos que non estea previamente determinado o titular do órgano superior ou directivo que deba representar o departamento.
- b) O exercicio da *potestade regulamentaria* nas materias propias do seu departamento.
- c) As *accións de xestión económica do ministerio*, tales como aprobar as propostas dos estados de gastos do ministerio, e dos orzamentos dos organismos públicos dependentes e remitilas ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas; administrar os créditos para gastos dos orzamentos do ministerio; aprobar e comprometer os gastos que non sexan da competencia do Consello de Ministros; aprobar as modificacións orzamentarias que sexan da súa competencia; recoñecer as obrigas económicas e propoñer o seu pagamento no marco do plan de disposición de fondos do Tesouro Público, así como fixar

os límites por debaixo dos cales estas competencias corresponderán, no seu ámbito respectivo, aos secretarios de Estado e subsecretario do departamento; remitirle ao Consello de Ministros, para a súa aprobación, as modificacións orzamentarias que sexan da competencia deste; remitir a documentación ao seu departamento necesaria para a elaboración da Conta Xeral do Estado; conceder subvencións e axudas con cargo aos créditos de gasto propios do departamento, así como fixar os límites por debaixo dos cales poderán ser outorgadas polos secretarios de Estado ou o subsecretario do departamento.

d) *Revisar de oficio* os actos administrativos e *resolver os conflitos de atribucións* cando lles corresponda, así como formular os que procedan con outros ministerios; *celebrar* no ámbito da súa competencia, *contratos e convenios*, sen prexuízo da autorización do Consello de Ministros cando sexa preceptiva; *resolver os recursos administrativos e declarar a lesividade* dos actos administrativos cando lles corresponda.

e) As *xestións relativas aos recursos humanos* relativas ao seu ministerio, entre elas, autorizar as comisións de servizo con dereito a indemnización por contía exacta para altos cargos dependentes do ministro; outorgar premios e recompensas propios do departamento e propoñer as que corresponda segundo as súas normas reguladoras; propoñer e executar, no ámbito da súa competencia, os plans de emprego do departamento e dos organismos públicos del dependentes; modificar as relacións de postos de traballo nos casos en que esa competencia estea delegada no propio departamento ou propoñer ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas as que sexan de competencia deste último; impoñer a sanción de separación do servizo por faltas moi graves.

f) As *relacións coas comunidades autónomas*, o que inclúe convocar as conferencias sectoriais e os órganos de cooperación no ámbito das competencias atribuídas ao seu departamento.

2. Os secretarios de Estado

De acordo co artigo 62 da Lei 40/2015, os secretarios de Estado son directamente responsables da execución da acción do Goberno nun sector de actividade específica. Así mesmo, poderán exercer por delegación expresa dos seus respectivos ministros a representación destes en materias propias da súa competencia, incluídas aquelas con

proxección internacional, sen prexuízo, en todo caso, das normas que rexen as relacións de España con outros estados e coas organizacións internacionais.

Os secretarios de Estado dirixen e coordinan as secretarías e as direccións xerais situadas baixo a súa dependencia, e responden ante o ministro da execución dos obxectivos fixados para a Secretaría de Estado. Para tal fin correspóndelles:

- a) Exercer as competencias sobre o sector de actividade administrativa asignado que lles atribúa a norma de creación do órgano ou que lles delegue o ministro e desempeñar as relacións externas da Secretaría de Estado, salvo nos casos legalmente reservados ao ministro.
- b) Exercer as competencias inherentes á súa responsabilidade de dirección e, en particular, impulsar a consecución dos obxectivos e a execución dos proxectos da súa organización, controlar o seu cumprimento, supervisar a actividade dos órganos directivos adscritos e impartir instrucións aos seus titulares.
- c) Nomear e separar os subdirectores xerais da secretaría de Estado.
- d) Manter as relacións cos órganos das comunidades autónomas competentes por razón da materia.
- e) A autorización previa para contratar os organismos autónomos adscritos á Secretaría de Estado, por enriba dunha contía determinada, segundo o previsto na disposición transitoria terceira do texto refundido da Lei de contratos do sector público.
- f) Autorizar as comisións de servizo con dereito a indemnización por contía exacta para os altos cargos dependentes da Secretaría de Estado.
- g) Celebrar contratos relativos a asuntos da súa Secretaría de Estado e os convenios non reservados ao ministro do que dependan, sen prexuízo da correspondente autorización cando sexa preceptiva.
- h) Conceder subvencións e axudas con cargo aos créditos de gasto propios da Secretaría de Estado, cos límites establecidos polo titular do departamento.
- i) Resolver os recursos que se interpoñan contra as resolucións dos órganos directivos que dependan directamente del e cuxos actos non esgoten a vía administrativa, así como os conflitos de atribucións que se susciten entre os devanditos órganos.

j) Administrar os créditos para gastos dos orzamentos do ministerio pola súa materia propios da Secretaría de Estado, aprobar as modificacións orzamentarias destes, aprobar e comprometer os gastos con cargo a aqueles créditos e recoñecer as obrigas económicas e propoñer o seu pagamento no marco do plan de disposición de fondos do Tesouro Público. Todo iso dentro da contía que, se é o caso, estableza o ministro para o efecto e sempre que os referidos actos non sexan competencia do Consello de Ministros.

3. Os subsecretarios

O subsecretario é o órgano de asistencia ordinaria ao ministro, tanto no ámbito da organización interna do departamento coma do asesoramento xurídico, en particular, en canto ao exercicio da potestade regulamentaria e a adopción de actos xurídicos do ministro e demais órganos do departamento. De acordo co artigo 63 da Lei 40/2015, o subsecretario exerce a representación ordinaria do ministerio, dirixe os servizos comúns, exerce as competencias correspondentes aos devanditos servizos comúns e, en todo caso, as seguintes:

- a) Apoiar os órganos superiores na planificación da actividade do ministerio, a través do correspondente asesoramento técnico.
- b) Asistir o ministro no control de eficacia do ministerio e os seus organismos públicos.
- c) Establecer os programas de inspección dos servizos do ministerio, así como determinar as actuacións precisas para a mellora dos sistemas de planificación, dirección e organización e para a racionalización e simplificación dos procedementos e métodos de traballo, no marco definido polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.
- d) Propoñer as medidas de organización do ministerio e dirixir o funcionamento dos servizos comúns a través das correspondentes instrucións ou ordes de servizo.
- e) Asistir os órganos superiores en materia de relacións de postos de traballo, plans de emprego e política de directivos do ministerio e os seus organismos públicos, así como na elaboración, execución e seguimento dos orzamentos e a planificación dos sistemas de información e comunicación.
- f) Desempeñar a xefatura superior de todo o persoal do departamento.
- g) Responsabilizarse do asesoramento xurídico ao ministro no desenvolvemento das

funcións que a este lle corresponden e, en particular, no exercicio da súa potestade normativa e na produción dos actos administrativos da competencia daquel, así como aos demais órganos do ministerio. Así mesmo, informar as propostas ou proxectos de normas e actos doutros ministerios, cando regulamentariamente proceda, para os efectos do cal será responsable de coordinar as actuacións correspondentes dentro do ministerio e en relación cos demais ministerios que deban intervir no procedemento.

h) Exercer as facultades de dirección, impulso e supervisión da Secretaría Xeral Técnica e os restantes órganos directivos que dependan directamente del.

i) Administrar os créditos para gastos dos orzamentos do ministerio pola súa materia propios da subsecretaría, aprobar as modificacións orzamentarias destes, aprobar e comprometer os gastos con cargo a aqueles créditos e recoñecer as obrigas económicas e propoñer o seu pagamento no marco do plan de disposición de fondos do Tesouro Público. Todo iso dentro da contía que, se é o caso, estableza o ministro para o efecto e sempre que os referidos actos non sexan competencia do Consello de Ministros.

j) Conceder subvencións e axudas con cargo aos créditos de gasto propios do ministerio cos límites establecidos polo titular do departamento.

k) Solicitar do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas a afectación ou o arrendamento dos inmobles necesarios para o cumprimento dos fins dos servizos a cargo do departamento.

l) Nomear e cesar os subdirectores e asimilados dependentes da subsecretaría, ao resto de persoal de libre designación e ao persoal eventual do departamento.

m) Convocar e resolver probas selectivas de persoal funcionario e laboral.

n) Convocar e resolver os concursos de persoal funcionario.

ñ) Exercer a potestade disciplinaria do persoal do departamento por faltas graves ou moi graves, salvo a separación do servizo.

o) Adoptar e impulsar, baixo a dirección do ministro, as medidas tendentes á xestión centralizada de recursos humanos e medios materiais no ámbito do seu departamento ministerial.

p) Autorizar as comisións de servizo con dereito a indemnización por contía exacta para

altos cargos dependentes do subsecretario.

q) Calquera outras que sexan inherentes aos servizos comúns do ministerio e á representación ordinaria deste.

A Subsecretaría do Ministerio da Presidencia, en coordinación coa Secretaría Xeral da Presidencia do Goberno, exercerá as competencias propias dos servizos comúns dos departamentos en relación coa área da Presidencia do Goberno.

Os nomeamentos de subsecretarios terán que efectuarse entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais pertencentes ao subgrupo A1, e deberán reunir os requisitos de idoneidade establecidos na Lei reguladora do exercicio do alto cargo da Administración xeral do Estado.

4. Os secretarios xerais

Son órganos de creación máis recente e obedecen á conveniencia de desconcentrar determinadas actividades dun ministerio sen por iso atribuílas a un órgano do rango de secretario de Estado (SÁNCHEZ MORÓN). Segundo o artigo 64 da Lei 40/2015, cando as normas que regulan a estrutura dun ministerio prevexan a existencia dun secretario xeral, deberán determinar as competencias que lle correspondan sobre un sector de actividade administrativa determinado. En particular, os secretarios xerais exercen, nos mesmos termos que os secretarios de Estado, as competencias inherentes á súa responsabilidade de dirección e, entre elas, impulsar a consecución dos obxectivos e a execución dos proxectos da súa organización, controlando o seu cumprimento, supervisando a actividade dos órganos directivos adscritos e impartindo instrucións aos seus titulares.

Os nomeamentos de secretarios xerais haberán de efectuarse entre persoas con cualificación e experiencia no desempeño de postos de responsabilidade na xestión pública ou privada, debendo reunir os requisitos de idoneidade establecidos na Lei reguladora do exercicio do alto cargo da Administración xeral do Estado.

5. Os secretarios xerais técnicos

Os secretarios xerais técnicos, baixo a inmediata dependencia do subsecretario, terán as competencias sobre servizos comúns que lles atribúa o real decreto de estrutura do departamento e, en todo caso, as relativas á produción normativa, asistencia xurídica e

publicacións (artigo 65.1 da Lei 40/2015). Teñen a todos os efectos a categoría de director xeral e exercen sobre os seus órganos dependentes as facultades atribuídas ao devandito órgano. Os nomeamentos haberán de efectuarse entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais pertencentes ao subgrupo A1, e deberán reunir os requisitos de idoneidade establecidos na Lei reguladora do exercicio de alto cargo da Administración xeral do Estado.

6. Os directores xerais

Os directores xerais defínense no artigo 66.1 da Lei 40/2015 como os titulares dos órganos directivos encargados da xestión dunha ou varias áreas funcionalmente homoxéneas do ministerio. Para tal efecto, correspóndelles:

- a) Propoñer os proxectos da súa dirección xeral para alcanzar os obxectivos establecidos polo ministro, dirixir a súa execución e controlar o seu axeitado cumprimento.
- b) Exercer as competencias atribuídas á dirección xeral e as que lle sexan desconcentradas ou delegadas.
- c) Propoñer, nos restantes casos, ao ministro ou ao titular do órgano do que dependa, a resolución que considere procedente sobre os asuntos que lle afectan ao órgano directivo.
- d) Impulsar e supervisar as actividades que forman parte da xestión ordinaria do órgano directivo e velar polo bo funcionamento dos órganos e unidades dependentes e do persoal integrado nestes.

Os nomeamentos de directores xerais haberán de efectuarse entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais pertencentes ao subgrupo A1, salvo que o real decreto de estrutura permita que, en atención ás características específicas das funcións da dirección xeral, o seu titular non reúna a devandita condición de funcionario, debendo motivarse mediante memoria razoada a concorrencia das especiais características que xustifiquen esa circunstancia excepcional. En relación con esta excepción, a xurisprudencia esixe "xustificación expresa" da singularidade das funcións polas cales se exima o seu titular da esixencia de ser funcionario de carreira, xustificación, que debe basearse en circunstancias demostrables e non en apelacións puramente retóricas (SÁNCHEZ MORÓN). En todo caso, haberán de reunir os requisitos de idoneidade establecidos na Lei reguladora do exercicio do alto

cargo da Administración xeral do Estado.

7. Os subdirectores xerais

Os subdirectores xerais son os únicos órganos directivos que non teñen a consideración de altos cargos. O artigo 67.1 da Lei 40/2015 sinala que son os responsables inmediatos, baixo a supervisión do director xeral ou do titular do órgano de que dependan, da execución daqueles proxectos, obxectivos ou actividades que lles sexan asignados, así como da xestión ordinaria dos asuntos da competencia da subdirección xeral. Son nomeados, respectando os principios de igualdade, mérito e capacidade, entre funcionarios de carreira do Estado, ou doutras administracións, cando así o prevexan as normas de aplicación, pertencentes ao subgrupo A1.

IV. A ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DO ESTADO

A entrada en vigor da Constitución española de 1978 fixo necesaria a reforma da Administración periférica do Estado, ata ese momento centrada na figura do gobernador civil e allea, como é lóxico, á descentralización que provocou o nacemento do Estado das autonomías. Así, os principais factores que condicionaron esa reconfiguración da Administración periférica do Estado son os seguintes:

- A nova organización territorial do Estado, co recoñecemento do dereito á autonomía das nacionalidades e rexións (artigo 2 CE) e unha organización territorial que incorpora, xunto as provincias e os municipios, ás comunidades autónomas, todas elas dotadas de autonomía para a xestión dos seus intereses respectivos (artigo 137 CE).
- A proclamación constitucional do carácter vicarial da Administración pública, chamada a servir con obxectividade os intereses xerais, e obrigada a actuar de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao dereito (artigo 103.1 CE).
- A creación da figura do delegado do Goberno, cuxo labor constitucional é dirixir a Administración do Estado no territorio e a comunidade autónoma e coordinala, cando proceda, coa Administración propia da comunidade (artigo 154 CE).

Non obstante, houbo que esperar ata a Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado de 1997 para que a adaptación da Administración periférica

do Estado ao novo marco constitucional se abordase de xeito completo e coherente. Esta lei suprimiu os históricos gobernadores civís e consagrou con claridade a primacía do nivel autonómico sobre o provincial na estrutura territorial da Administración xeral do Estado. Deste xeito, os delegados do Goberno nas comunidades autónomas pasaron a ser o principal órgano territorial da Administración xeral do Estado, quedando subordinados xerarquicamente a eles os representantes nas provincias, denominados subdelegados do Goberno e, se é o caso, os representantes nas illas (directores insulares).

Así mesmo, introduciuse a distinción entre os servizos territoriais da Administración xeral do Estado integrados na delegación do Goberno, estruturados en áreas funcionais e non xa por ministerios, e os servizos non integrados, coa que se tratou de superar as tensións que historicamente producía o dobre réxime de dependencia destes servizos periféricos, subordinados ao mesmo tempo aos órganos centrais do ministerios correspondentes e ao gobernador civil. Estas previsións desenvolvéronse mediante o real decreto 1330/1997, do 1 de agosto, de integración de servizos periféricos e de estrutura das delegacións do Goberno, que segue estando vixente.

A Lei 40/2015 mantén a organización da Administración periférica do Estado introducida pola Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, limitándose a matizar algúns puntos. De acordo co seu artigo 69, existirá unha delegación do Goberno en cada unha das comunidades autónomas. As delegacións do Goberno terán a súa sede na localidade onde radique o Consello de Goberno da comunidade autónoma, salvo que o Consello de Ministros acorde situala noutra distinta e sen prexuízo do que dispoña expresamente o Estatuto de Autonomía, e están adscritas organicamente ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

Pola súa banda, en cada unha das provincias das comunidades autónomas pluriprovinciais existirá un subdelegado do Goberno, que estará baixo a inmediata dependencia do delegado do Goberno. Así mesmo, poderán crearse por real decreto subdelegacións do Goberno nas comunidades autónomas uniprovinciais, cando circunstancias tales como a poboación do territorio, o volume de xestión ou as súas singularidades xeográficas, sociais ou económicas así o xustifiquen. En canto ás illas, o artigo 70 da Lei 40/2015 sinala que regulamentariamente se determinarán aquelas nas que existirá un director insular da Administración xeral do Estado.

De acordo co artigo 76 da Lei 40/2015, a estrutura das delegacións e subdelegacións do Goberno fixarase por real decreto do Consello de Ministros por proposta do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, en razón da dependencia orgánica das delegacións do Goberno, e contarán, en todo caso, cunha secretaría xeral, dependente dos delegados ou, se é o caso, dos subdelegados do Goberno, como órgano de xestión dos servizos comúns, e da que dependerán os distintos servizos integrados nesta, así como aqueles outros servizos e unidades que se determine na relación de postos de traballo.

A asistencia xurídica e as funcións de intervención e control económico financeiro en relación coas delegacións e subdelegacións do Goberno exerceranse pola Avogacía do Estado e a Intervención Xeral da Administración do Estado respectivamente, de acordo coa súa normativa específica (artigo 77 da Lei 40/2015).

A regulación dos servizos territoriais está contida no artigo 71 da Lei 40/2015, segundo o cal estes se organizarán, atendendo ao mellor cumprimento dos seus fins, en servizos integrados e non integrados nas delegacións do Goberno. A integración de novos servizos territoriais ou a desintegración de servizos territoriais xa integrados nas delegacións do Goberno, levarase a cabo mediante real decreto de Consello de Ministros, por proposta do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, en razón da dependencia orgánica das delegacións do Goberno, e do ministerio competente da área de actividade (artigo 76.2). Engade o artigo 73.4 que os delegados do Goberno poderán solicitar dos seus titulares toda a información relativa á súa actividade, estruturas organizativas, recursos humanos, inventarios de bens mobles e inmobles ou a calquera outra materia ou asunto que consideren oportuno ao obxecto de garantir unha xestión coordinada e eficaz dos servizos estatais no territorio.

A organización dos servizos territoriais non integrados nas delegacións do Goberno establecerase mediante real decreto a proposta conxunta do titular do ministerio do que dependan e do titular do ministerio que teña atribuída a competencia para a racionalización, análise e avaliación das estruturas organizativas da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos, cando considere unidades con nivel de subdirección xeral ou equivalentes, ou por orde conxunta cando lles afecte a órganos inferiores. Estes servizos dependerán do órgano central competente sobre o sector de actividade no que aqueles operen, o cal lles fixará os obxectivos concretos de actuación e controlará a súa

execución, así como o funcionamento dos servizos.

Os servizos territoriais integrados dependerán do delegado do Goberno ou, se é o caso, do subdelegado do Goberno, a través da secretaría xeral, e actuarán de acordo coas instrucións técnicas e criterios operativos establecidos polo ministerio competente por razón da materia.

Finalmente, a Lei 40/2015 crea no seu artigo 78 a Comisión Interministerial de Coordinación da Administración periférica do Estado, órgano colexiado adscrito ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas que se encargará de coordinar a actuación da Administración periférica do Estado cos distintos departamentos ministeriais. Mediante real decreto regularanse as súas atribucións, composición e funcionamento.

V. OS DELEGADOS DO GOBERNO NAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Os delegados do Goberno están recoñecidos na Constitución española de 1978, que lles asigna a dirección da Administración do Estado no territorio da comunidade autónoma e a coordinación, cando proceda, coa administración propia da comunidade (artigo 154 CE).

En desenvolvemento deste precepto constitucional, o artigo 72 da Lei 40/2015 sinala que os delegados do Goberno representan o Goberno da Nación no territorio da respectiva comunidade autónoma, sen prexuízo da representación ordinaria do Estado nestas a través dos seus respectivos presidentes, e engade que os delegados do Goberno dirixirán e supervisarán a Administración xeral do Estado no territorio das respectivas comunidades autónomas e coordinarana, internamente e cando proceda, coa administración propia de cada unha delas e coa das entidades locais radicadas na comunidade.

De acordo coa Lei 40/2015, os delegados do Goberno son órganos directivos con rango de subsecretario que dependen organicamente do presidente do Goberno e funcionalmente do ministerio competente por razón da materia. O seu nomeamento e separación do cargo lévase a cabo por real decreto do Consello de Ministros, por proposta do presidente do Goberno. O nomeamento atenderá a criterios de competencia profesional e experiencia, debendo reunirse os requisitos de idoneidade establecidos na lei reguladora do exercicio do alto cargo da Administración xeral do Estado.

En caso de ausencia, vacante ou enfermidade do titular da delegación do Goberno, será suplido polo subdelegado do Goberno que o delegado designe e, no seu defecto, polo da

provincia en que teña a súa sede. Nas comunidades autónomas uniprovinciais nas que non exista subdelegado a suplencia corresponderalle ao secretario xeral.

En canto ás súas atribucións, están recollidas no artigo 73 da Lei 40/2015.

En primeiro lugar, hai que mencionar que, seguindo a tradición dos antigos gobernadores civís, correspóndelles aos delegados do Goberno protexer o libre exercicio dos dereitos e liberdades e garantir a seguridade cidadá, a través dos subdelegados do Goberno e das forzas e corpos de seguridade do Estado, cuxa xefatura lle corresponderá ao delegado do Goberno, quen exercerá as competencias do Estado nesta materia baixo a dependencia funcional do Ministerio do Interior.

Así mesmo, tamén como herdanza dos antigos gobernadores civís, os delegados do Goberno exercen a potestade sancionadora e expropiatoria.

O resto das súas atribucións sistematízanse na lei nos termos seguintes:

a) Dirección e coordinación da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos:

1. Impulsar, coordinar e supervisar con carácter xeral a súa actividade no territorio da comunidade autónoma, e, cando se trate de servizos integrados, dirixila, directamente ou a través dos subdelegados do Goberno, de acordo cos obxectivos e, se é o caso, instrucións dos órganos superiores dos respectivos ministerios.
2. Nomear os subdelegados do Goberno nas provincias do seu ámbito de actuación e, se é o caso, os directores insulares, e como superior xerárquico, dirixir e coordinar a súa actividade.
3. Informar, con carácter preceptivo, as propostas de nomeamento dos titulares de órganos territoriais da Administración xeral do Estado e os organismos públicos estatais de ámbito autonómico e provincial na delegación do Goberno.

b) Información da acción do Goberno e información aos cidadáns:

1. Coordinar a información sobre os programas e actividades do Goberno e a Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos na comunidade autónoma.
2. Promover a colaboración coas restantes administracións públicas en materia de información ao cidadán.

3. Recibir información dos distintos ministerios dos plans e programas que deban executar os seus respectivos servizos territoriais e organismos públicos no seu ámbito territorial.

4. Enviar ao Goberno, con carácter anual, a través do titular do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, un informe sobre o funcionamento dos servizos públicos estatais no ámbito autonómico.

c) Coordinación e colaboración con outras administracións públicas:

1. Comunicar e recibir tanta información precisen o Goberno e o órgano de goberno da comunidade autónoma. Realizará tamén estas funcións coas entidades locais no seu ámbito territorial, a través dos seus respectivos presidentes.

2. Manter as necesarias relacións de coordinación e cooperación da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos coa da comunidade autónoma e coas correspondentes entidades locais. Para tal fin, promoverá a celebración de convenios coa comunidade autónoma e coas entidades locais, en particular, en relación cos programas de financiamento estatal, participando no seguimento da execución e cumprimento destes.

3. Participar nas comisións mixtas de transferencias e nas comisións bilaterais de cooperación, así como noutros órganos de cooperación de natureza similar cando se determine.

d) Control de legalidade:

1. Resolver os recursos en vía administrativa interpostos contra as resolucións e actos ditados polos órganos da delegación, logo de informe, en todo caso, do ministerio competente por razón da materia.

As impugnacións de resolucións e actos do delegado do Goberno susceptibles de recurso administrativo e que non poñan fin á vía administrativa, serán resoltas polos órganos correspondentes do ministerio competente por razón da materia.

As reclamacións por responsabilidade patrimonial das administracións públicas tramitaranse polo ministerio competente por razón da materia e resolveranse polo titular do devandito departamento.

2. Suspende a execución dos actos impugnados ditados polos órganos da delegación do Goberno, cando lle corresponda resolver o recurso, de acordo co artigo 117.2 da Lei

39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e propoñer a suspensión nos restantes casos, así como respecto dos actos impugnados ditados polos servizos non integrados na delegación do Goberno.

3. Velar polo cumprimento das competencias atribuídas constitucionalmente ao Estado e pola correcta aplicación da súa normativa, promovendo ou interpoñendo, segundo corresponda, conflitos de xurisdición, conflitos de atribucións, recursos e demais accións legalmente procedentes.

e) Políticas públicas:

1. Formularlles aos ministerios competentes, en cada caso, as propostas que estime convenientes sobre os obxectivos contidos nos plans e programas que deban executar os servizos territoriais e os dos organismos públicos, e informar, regular e periodicamente, os ministerios competentes sobre a xestión dos seus servizos territoriais.

2. Propoñer ante o ministro de Facenda e Administracións Públicas as medidas precisas para evitar a duplicidade de estruturas administrativas, tanto na propia Administración xeral do Estado como con outras administracións públicas, conforme aos principios de eficacia e eficiencia.

3. Propoñerlle ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas medidas para incluír nos plans de recursos humanos da Administración xeral do Estado.

4. Informar as medidas de optimización de recursos humanos e materiais no seu ámbito territorial, especialmente as que lle afecten a máis dun departamento. En particular, correspóndelles aos delegados do Goberno, nos termos establecidos na Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, a coordinación da utilización dos edificios de uso administrativo pola organización territorial da Administración xeral do Estado e dos organismos públicos dela dependentes no seu ámbito territorial, de acordo coas directrices establecidas polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e a Dirección Xeral do Patrimonio do Estado.

Os delegados do Goberno contan, como órgano colexiado de asistencia, cunha comisión territorial de asistencia (artigo 79 da Lei 40/2015). Estará presidida en todo caso polo propio delegado do Goberno e formarana, nas comunidades autónomas pluriprovinciais, os subdelegados do Goberno nas provincias comprendidas no territorio destas, aínda que ás

súas sesións deberán asistir tamén titulárelos dos órganos e servizos territoriais, tanto integrados coma non integrados, que o delegado do Goberno considere oportuno. Nas comunidades autónomas uniprovinciais estará integrada polo secretario xeral e os titulares dos órganos e servizos territoriais, tanto integrados coma non integrados, que o delegado do Goberno considere oportuno.

A comisión territorial de asistencia desenvolve as seguintes atribucións:

1. Coordinar as actuacións que deban executarse de forma homoxénea no ámbito da comunidade autónoma, para asegurar o cumprimento dos obxectivos xerais fixados polo Goberno aos servizos territoriais.
2. Homoxeneizar o desenvolvemento das políticas públicas no seu ámbito territorial, a través do establecemento de criterios comúns de actuación que deberán ser compatibles coas instrucións e obxectivos dos respectivos departamentos ministeriais.
3. Asesorar o delegado do Goberno na comunidade autónoma na elaboración das propostas de simplificación administrativa e racionalización na utilización dos recursos.
4. Calquera outras que a xuízo do delegado do Goberno na comunidade autónoma resulten axeitadas para que a comisión territorial cumpra a finalidade de apoio e asesoramento no exercicio das competencias que a Lei 40/2015 lle asigna.

VIN. OS SUBDELEGADOS DO GOBERNO NAS PROVINCIAS E OS DIRECTORES INSULARES

1. Os subdelegados do Goberno nas provincias

De acordo co artigo 74 da Lei 40/2015, en cada provincia e baixo a inmediata dependencia do delegado do Goberno na respectiva comunidade autónoma existirá un subdelegado do Goberno. En realidade, esta redacción non é exacta, porque a existencia dos subdelegados só é preceptiva nas provincias que forman parte de comunidades autónomas pluriprovinciais. De feito, o propio artigo prevé que, nas comunidades autónomas uniprovinciais nas que non exista subdelegado, o delegado do Goberno asumirá as competencias que a Lei 40/2015 lles atribúe aos subdelegados do Goberno nas provincias.

As atribucións que lles corresponden aos subdelegados do Goberno son as seguintes:

- a) Desempeñar as funcións de comunicación, colaboración e cooperación coa respectiva

comunidade autónoma e coas entidades locais e, en particular, informar sobre a incidencia no territorio dos programas de financiamento estatal. En concreto correspóndelles:

1. Manter as necesarias relacións de cooperación e coordinación da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos coa da comunidade autónoma e coas correspondentes entidades locais no ámbito da provincia.
2. Comunicar e recibir tanta información precisen o Goberno e o órgano de goberno da comunidade autónoma. Realizará tamén estas funcións coas entidades locais no seu ámbito territorial, a través dos seus respectivos presidentes.
- b) Protexer o libre exercicio dos dereitos e liberdades, garantindo a seguridade cidadá, todo iso dentro das competencias estatais na materia. Para estes efectos, dirixirá as forzas e corpos de seguridade do Estado na provincia.
- c) Dirixir e coordinar a protección civil no ámbito da provincia.
- d) Dirixir, se é o caso, os servizos integrados da Administración xeral do Estado, de acordo coas instrucións do delegado do Goberno e dos ministerios correspondentes; e impulsar, supervisar e inspeccionar os servizos non integrados.
- e) Coordinar a utilización dos medios materiais e, en particular, dos edificios administrativos no ámbito territorial da súa competencia.
- f) Exercer a potestade sancionadora e calquera outra que lles confira as normas ou que lles sexa desconcentrada ou delegada.

Como órgano colexiado de asistencia ao subdelegado do Goberno, o artigo 79.3 da Lei 40/2015 prevé que en cada subdelegación do Goberno existirá unha comisión de asistencia ao subdelegado do Goberno, presidida por el mesmo e integrada polo secretario xeral e os titulares dos órganos e servizos territoriais, tanto integrados coma non integrados, que o subdelegado do Goberno considere oportuno, coas mesmas funcións que a comisión de asistencia ao delegado do Goberno, pero referidas ao ámbito provincial.

O desenvolvemento do réxime xurídico dos subdelegados do Goberno está recollido no Real decreto 617/1997, do 25 de abril, de subdelegados do Goberno e directores insulares da Administración xeral do Estado, que segue en vigor no que non se opoña ás previsións da Lei 40/2015.

2. Os directores insulares

O artigo 70 da Lei 40/2015 remítese ao regulamento para determinar as illas nas que existirá a figura dos directores insulares. O artigo 6 do Real decreto 617/1997 concreta que haberá de existir esta figura nas illas de Menorca, Eivissa-Formentera, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, El Hierro e La Gomera.

Os directores insulares dependen xerarquicamente do delegado do Goberno na comunidade autónoma ou do subdelegado do Goberno na provincia, cando este cargo exista, e exercen, no seu ámbito territorial, as competencias atribuídas pola Lei 40/2015 aos subdelegados do Goberno nas provincias.

O seu nivel determinarase na relación de postos de traballo. Serán nomeados polo delegado do Goberno mediante o procedemento de libre designación entre funcionarios de carreira do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais pertencentes a corpos ou escalas clasificados como subgrupo A1.

O desenvolvemento do seu réxime xurídico atópase contido no Real decreto 617/1997, antes citado.

A ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO NO EXTERIOR.

A Administración xeral do Estado no exterior está regulada na Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do Servizo Exterior do Estado. De feito, o artigo 80 da Lei 40/2015 límitase a remitirse a ela, de maneira que a regulación desta só se lle aplica supletoriamente.

É o título III da Lei 2/2014 onde se regula a nova configuración da organización da Administración xeral do Estado no exterior: o chamado Servizo Exterior do Estado. Esta figura, xa apuntada no Real decreto 632/1987, do 8 de maio, sobre organización da Administración do Estado no exterior, persecue a unidade de acción de todos os órganos da Administración xeral do Estado no exterior.

Así, o Servizo Exterior do Estado intégrase polos órganos, unidades administrativas, institucións e medios humanos e materiais da Administración xeral do Estado que actúan no exterior, baixo a dependencia xerárquica do embaixador e orgánica e funcional dos respectivos departamentos ministeriais. Aos embaixadores e representantes permanentes atribúeselles a condición de órganos directivos no exterior.

Correspóndelle ao Servizo Exterior do Estado achegar elementos de análise e valoración necesarios para que o Goberno formule e execute a súa política exterior, desenvolva a súa acción exterior e coordine a de todos os suxeitos da Acción Exterior do Estado; así como promover e defender os intereses de España no exterior.

Así mesmo, correspóndelle prestar asistencia e protección e facilitar o exercicio dos seus dereitos aos españois no exterior e prestar asistencia ás empresas españolas no exterior, así como exercer todas aquelas competencias que lle atribúa a Lei 2/2014 e a normativa vixente. No exercicio das súas funcións, o Servizo Exterior do Estado actuará conforme ás normas do dereito interno español, do dereito da Unión Europea, do dereito internacional e con respecto ás leis dos estados estranxeiros nos que actúa.

Como novidade, a Lei 2/2014 establece as bases para que o Consello Executivo de Política Exterior poida recomendar a adopción de medidas de xestión integrada nas misións diplomáticas a través do establecemento, alí onde se considere necesario ou conveniente, dunha sección de servizos comúns que procure, ademais, un máis eficiente aproveitamento dos recursos humanos e materiais públicos. Tamén se recoñece a necesidade e importancia da incorporación do coñecemento especializado á acción exterior do Estado.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1.ª ed., 2009.

AA.VV. *Tratado del sector público estatal*, 1.ª ed., La Ley, 2010.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, 26.ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. *Fundamentos de derecho público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*, 11.ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3.ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 12

O SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL. OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS.

TEMA 12. O SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL. OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS.

I. O SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL

O título II da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, supón o terceiro intento lexislativo de ordenar o sector público institucional do Estado e de codificar a súa regulación que se sucedeu no tempo, despois da pioneira Lei do 26 de decembro de 1958, sobre réxime xurídico das entidades estatais autónomas, e do título III da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado. Con respecto a esta última, presenta importantes novidades: por unha parte, contén por primeira vez algunhas normas básicas aplicables ao sector público institucional de todas as administracións públicas (capítulos I e VI do título II, artigos 129 e 134); por outra parte, intenta recoller a tipoloxía completa das entidades do sector público institucional do Estado, tanto as dotadas de forma de personificación de dereito público coma as de dereito privado, incluíndo os fondos carentes de personalidade xurídica, como no seu día fixera a Lei de entidades estatais autónomas e na actualidade xa viña facendo a lexislación orzamentaria. Así mesmo, a Lei 40/2015 sinala o final da experiencia das axencias estatais para a mellora dos servizos públicos, introducidas pola Lei 28/2006, do 18 de xullo, coa intención inicial de constituír o novo paradigma das entidades estatais de dereito público, para quedar reducidas finalmente a unha categoría máis de organismos públicos caracterizada por criterios que non gardan coherencia cos que identifican e distinguen aos organismos autónomos das entidades públicas empresariais.

1. NORMAS BÁSICAS COMÚNS AO SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL DE TODAS AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

O capítulo I do título II da Lei 40/2015 establece por primeira vez unha regulación básica, aínda que moi superficial, aplicable ao sector público institucional de todas as administracións públicas. Este atópase integrado, de acordo co artigo 2.2 da lei, polos organismos públicos, entidades de dereito público e entidades de dereito privado vinculados ou dependentes das administracións públicas, así como polas universidades públicas, aínda que destas últimas se matiza que se rexerán pola súa normativa específica e só supletoriamente polas previsións da Lei 40/2015.

- Fundamento competencial

O fundamento competencial destas normas é o que con carácter xeral invoca a disposición final décimo cuarta para toda a lei: os números 18 (bases do réxime xurídico das administracións públicas), 13 (bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica) e 14 (facenda pública xeral) do artigo 149.1 da Constitución. O primeiro fundamento mencionado é evidente en si mesmo, aínda que a densidade normativa das bases estatais neste caso é necesariamente moi reducida, pola necesidade de respectar a potestade de autoorganización das comunidades autónomas. Menos obvia é a relación da ordenación xeral da actividade económica co réxime xurídico do sector público institucional, mentres que o título competencial relativo á facenda pública xeral hai que enténdelo conectado co artigo 135 da Constitución na súa nova redacción, que o volveu omnipresente ao consagrar os principios de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira.

Esa normativa básica común ocúpase de dúas cuestións: o establecemento duns principios xerais de actuación para todas as entidades do sector público institucional e a regulación do Inventario de Entidades do Sector Público Estatal, Autonómico e Local.

- Principios xerais de actuación

Os principios xerais de actuación aparecen enunciados no artigo 81.1 da Lei 40/2015, que menciona os seguintes: legalidade, eficiencia, estabilidade orzamentaria, sostibilidade financeira e transparencia na xestión. A estes úneselles a obriga de suxeitarse en materia de persoal, incluído o laboral, ás limitacións previstas na normativa orzamentaria e nas previsións anuais dos orzamentos xerais. Por conseguinte, recóllense tres principios explicitamente consagrados pola Constitución, como son os de legalidade (artigo 9.3 e para a Administración, tamén 103.1), estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira (artigo 135), máis o de eficiencia, que se relaciona tanto co principio de economía do artigo 103.1 da Constitución como cos xa mencionados de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira, e o de transparencia na liña da nova lexislación ditada recentemente na materia (Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno). En canto ás limitacións en materia de persoal, están vinculadas igualmente aos principios de estabilidade orzamentaria e sostibilidade

financeira.

Este claro predominio das esixencias derivadas da actual redacción do artigo 135 da Constitución maniféstase tamén no artigo 81.2, que lles impón a todas as administracións públicas a obriga de establecer un sistema de supervisión continua das súas entidades dependentes, co obxecto de comprobar a subsistencia dos motivos que xustificaron a súa creación e a súa sostibilidade financeira, e que deberá incluír a formulación expresa de propostas de mantemento, transformación ou extinción.

- Inventario do sector público institucional

En canto ao Inventario de Entidades do Sector Público Estatal, Autonómico e Local, non se pode dicir que sexa a Lei 40/2015 a que o crea, pero si que outorga á súa regulación un rango normativo do que carecía. O chamado "Inventario de Entes do Sector Público Estatal, Autonómico e Local" ou "Inventario de Entes do Sector Público" aparece mencionado no Real decreto 256/2012, do 27 de xaneiro, polo que se desenvolve a estrutura orgánica básica do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, cuxo artigo 11.1.k) atribúe á Intervención Xeral da Administración do Estado a "integración e xestión do Inventario de Entes do Sector Público Estatal, Autonómico e Local e a súa publicación como instrumento que garanta a ordenación, información, transparencia e control das entidades do sector público". Fálase de integración porque este inventario se formou unindo outros tres: o Inventario de Entes do Sector Público Estatal que viña mantendo polo menos dende 2009 a Intervención Xeral da Administración do Estado, o Inventario de Entes Dependentes das Comunidades Autónomas, regulado polo artigo 11 da Orde HAP/2105/2012, do 1 de outubro, pola que se desenvolven as obrigas de subministración de información previstas na Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira, e o Inventario de Entes do Sector Público Local, creado polo título I do Regulamento de desenvolvemento da Lei 18/2001, xeral de estabilidade orzamentaria, na súa aplicación ás entidades locais, aprobado polo Real decreto 1463/2007, do 2 de novembro.

O artigo 82.1, da Lei 40/2015 configura o inventario como un rexistro público administrativo que garante a información pública e a ordenación de todas as entidades integrantes do sector público institucional calquera que sexa a súa natureza xurídica.

Recollendo de xeito case literal o establecido polo xa citado artigo 11.1.k) do Real decreto 256/2012, mantén a competencia da Intervención Xeral da Administración do Estado para a súa integración, xestión e publicación, e recolle tamén a competencia da Secretaría Xeral de Coordinación Autonómica e Local para a captación e o tratamento da información enviada polas comunidades autónomas e as entidades locais para a formación e mantemento do inventario.

Os apartados 2 e 3 do artigo 83 indican o contido mínimo do inventario e os actos inscribibles nel. Precisamente da inscrición no inventario ocúpase o seguinte artigo, o 83, que prevé dous prazos: un de trinta días hábiles a contar dende que aconteza o acto inscribible (se se trata da creación de entidades, dende a entrada en vigor da norma ou acto de creación) para a comunicación da información ao inventario pola Administración correspondente, e outro de quince días hábiles para a práctica da inscrición.

De especial transcendencia é a previsión do artigo 83.1.c), que condiciona a asignación por parte da Administración tributaria do número de identificación fiscal definitivo e da letra identificativa que lle corresponda á entidade de acordo coa súa natureza xurídica á achega da certificación da inscrición no Inventario de Entidades do Sector Público Estatal, Autonómico e Local. Pode dicirse que esta norma é o complemento de carácter coercitivo que trata de garantir que todas as administracións públicas van cumprir a obriga de solicitar a inscrición das súas respectivas entidades instrumentais no inventario (polo menos, no momento inicial da súa creación, se queren que teñan operatividade no tráfico xurídico).

2. NORMAS COMÚNS A TODAS A ENTIDADES DO SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL

- Tipoloxía de entidades

A Lei 40/2015 pretende recoller a tipoloxía completa das entidades do sector público institucional, a través dunha lista taxativa contida no seu artigo 84.1. O carácter taxativo desta lista deriva do artigo 84.2, que lle prohibe á Administración xeral do Estado e ás entidades integrantes do sector público institucional estatal, por si mesmas ou en colaboración con outras entidades públicas ou privadas, crear ou exercer o control efectivo, directa ou indirectamente, sobre ningún outro tipo de entidade distinta, con

independencia da súa natureza e réxime xurídico.

- As primeiras entidades que se mencionan na lista do artigo 84.1, son os *organismos públicos vinculados ou dependentes da Administración xeral do Estado*, clasificados en organismos autónomos e entidades públicas empresariais, tal como facía a redacción orixinal da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, antes da súa reforma pola Lei de axencias estatais para a mellora dos servizos públicos. Por conseguinte, desaparecen as axencias como terceiro tipo de organismos públicos estatais e, en coherencia con iso, a disposición derogatoria única da Lei 40/2015 derroga expresamente na súa letra e) a Lei de axencias.

- En segundo lugar, aparecen as *autoridades administrativas independentes*, que ata agora estaban enunciadas, aínda que non propiamente reguladas, na disposición adicional décima da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado. Hai que recordar, non obstante, que a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible, intentara introducir unha regulación común para algunhas delas (as consideradas "organismos reguladores") a través do capítulo II do seu título I, de curta vixencia debido a que foi derogado pola Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia.

- O terceiro tipo de entidades que se enumeran son as *sociedades mercantís estatais*, das que se ocupaba a disposición adicional duodécima da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, aínda que esencialmente para remitirse ao Ordenamento xurídico privado e, no caso das que adoptan a forma de sociedade anónima, á Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas. O título VII desta última lei, relativo ao patrimonio empresarial da Administración xeral do Estado, e, en particular, o capítulo II deste (disposicións especiais aplicables ás sociedades mercantís estatais con forma de sociedade anónima) non se viron afectados pola Lei 40/2015 máis que en moi escasa medida.

- A continuación encontramos os *consorcios*, para os que o lexislador estatal xa ditara unha normativa básica a través da disposición adicional vixésima que a Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sostibilidade da Administración local, introduciu na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do

procedemento común, complementada despois polos artigos 12 ao 15 e a disposición adicional sexta da Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e outras medidas de reforma administrativa. A Lei 40/2015 non se preocupa de derrogar expresamente a disposición adicional vixésima da Lei 30/1992, xa que a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, vai derrogar por completo a Lei 30/1992, pero si de suprimir os preceptos antes citados da Lei 15/2014 xunto a aqueles outros da lexislación estatal de réxime local que regulaban este tipo de entidades: o artigo 87 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, o artigo 110 do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, aprobado polo Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, e os artigos 37, 38, 39 e 40 do Regulamento de servizos das corporacións locais, aprobado polo Decreto do 17 de xuño de 1955.

- Un quinto tipo de entidades que se mencionan son as *fundacións do sector público estatal*, reguladas ata agora polos artigos 44, 45 e 46 da Lei 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións, que a disposición derogatoria única, letra d), da Lei 40/2015 derroga de forma expresa.

- En sexto lugar aparecen os *fondos carentes personalidade xurídica*, dos que a Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado non se ocupaba, salvo no caso dos fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito e tan só para remitirse á súa lexislación específica (disposición adicional oitava), mentres que a Lei xeral orzamentaria si os incluía expresamente no seu ámbito de aplicación a través da redacción orixinal do artigo 2.2 ("fondos carentes de personalidade xurídica cuxa dotación se efectúe maioritariamente dende os orzamentos xerais do Estado"). De todos os xeitos, non deixa de ser discutible que, carecendo de personalidade xurídica, se consideren "entidades" do sector público institucional. Neste sentido, era máis correcto o criterio inicial da Lei xeral orzamentaria, que os mencionaba de xeito separado aos entes personificados.

- O último tipo de entidades incluída na lista do artigo 84.1, son as *universidades públicas non transferidas*, que na Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado se citan na disposición adicional décima coas autoridades administrativas independentes. O lexislador estatal parece non ter moi claro onde situalas, porque, aínda que agora se enuncian como un tipo específico de entidades do sector público, en

realidade o título II da Lei 40/2015 non dedica ningún dos seus capítulos á súa regulación, a diferenza do que acontece co resto das entidades da lista do artigo 84.1. En vez diso, o apartado 3 deste último precepto límitase a remitirse á Lei xeral orzamentaria e a "o disposto nesta lei no que non estea previsto na súa normativa específica", normativa que non pode ser outra que a Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades. Por iso, quizais se deberían omitir da lista e previsto o seu réxime xurídico nunha disposición adicional, tal como conseguiu outras entidades do sector público institucional estatal con réximes xurídicos especiais.

- Control de eficacia e supervisión continua

Como xa se dixo, o artigo 81.2 da Lei 40/2015 impón como norma básica a todas as administracións públicas o establecemento dun sistema de supervisión continua das súas entidades dependentes. Pois ben, isto desenvólvese para o sector público institucional estatal no artigo 85, que prevé tres instrumentos de necesaria aplicación a todas as entidades (aínda que no caso das autoridades administrativas independentes cos matices que impón o seu réxime de especial autonomía): o plan de actuación e os plans anuais, o control de eficacia e a supervisión continua.

Así, o segundo parágrafo do artigo 85.1 establece que todas as entidades integrantes do sector público institucional estatal contarán no momento da súa creación cun plan de actuación. Este conterá as liñas estratéxicas arredor das cales se desenvolverá a actividade da entidade e se revisará cada tres anos. Pola súa banda, os plans de anuais desenvolverán o de creación para o exercicio seguinte.

O control de eficacia é atribuído polo artigo 85.2 ao departamento ao que cada entidade estea adscrita, que o exercerá a través da correspondente inspección de servizos. O seu obxecto é avaliar o cumprimento dos obxectivos propios da actividade específica da entidade e a axeitada utilización dos recursos, de acordo co establecido no plan de actuación e as actualizacións anuais, sen prexuízo do control que de acordo coa Lei xeral orzamentaria se exerza pola Intervención Xeral da Administración do Estado.

Por último, o apartado 3 do artigo dispón que todas as entidades integrantes do sector público institucional estatal están suxeitas dende a súa creación ata a súa extinción á supervisión continua do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, a través da

Intervención Xeral da Administración do Estado. O obxecto desta supervisión é verificar a subsistencia das circunstancias que xustificaron a súa creación da entidade, a súa sostibilidade financeira e a concorrencia da causa de disolución prevista na propia Lei 40/2015 referida ao incumprimento dos fins que xustificaron a súa creación ou que a súa subsistencia non resulte o medio máis idóneo para logralos.

O artigo 85 conclúe obrigando a que os resultados da avaliación efectuada tanto polo ministerio de adscrición coma polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas se plasmen nun informe suxeito a procedemento contradictorio, aínda que non se especifica con que periodicidade, cuestión que hai que entender que queda diferida ao desenvolvemento regulamentario da lei. O informe, segundo as conclusións que se obtivesen, poderá conter recomendacións de mellora ou unha proposta de transformación ou supresión da entidade.

- Consideración como medio propio e servizo técnico

Para determinar cando as entidades do sector público institucional estatal poden ser consideradas medios propios e servizos técnicos dos poderes adxudicadores e dos demais entes do sector público, o artigo 86 da Lei 40/2015 remítese ás condicións e requisitos establecidos no texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro. Non obstante, a continuación o apartado 2 do artigo establece dous requisitos adicionais.

O primeiro deses requisitos engadidos consiste en que se acredite que a entidade dispón de medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no sector de actividade que se corresponda co seu obxecto social, de acordo coa norma ou acordo de creación. Esta previsión sen dúbida intenta evitar que se utilicen supostos medios propios como pantallas ou intermediarios para derivar prestacións a entidades do sector privado eludindo total ou parcialmente as normas da contratación pública. O segundo requisito implica que o recurso á entidade que pretende actuar como medio propio ou ben ten que ser unha opción máis eficiente que a contratación pública e resultar sostible e eficaz, conforme a criterios de rendibilidade económica, ou ben ten que resultar necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispoñer dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico.

O último parágrafo do artigo 86.2 engade que a denominación das entidades integrantes do sector público institucional (hai que entender de novo que estatal) que teñan a condición de medio propio deberá figurar necesariamente a indicación "Medio Propio" ou a súa abreviatura "M.P".

- Transformacións das entidades integrantes do sector público institucional estatal

O artigo 87.1 da Lei 40/2015 permite que calquera organismo autónomo, entidade pública empresarial, sociedade mercantil estatal ou fundación do sector público institucional estatal se transforme e adopte a natureza xurídica de calquera das entidades citadas. A transformación terá lugar, conservando a súa personalidade xurídica, por cesión e integración global, en unidade de acto, de todo o activo e o pasivo da entidade transformada con sucesión universal de dereitos e obrigas, sen que se alteren as condicións financeiras das obrigas asumidas nin se poida entender como causa de resolución das relacións xurídicas.

A transformación levarase a cabo mediante un real decreto, aínda que supoña modificación da lei de creación da entidade.

O apartado 4 do artigo 87 establece regras especiais para os casos en que un organismo autónomo ou entidade pública empresarial se transforme nunha entidade pública empresarial, sociedade mercantil estatal ou nunha fundación do sector público. Nestes casos, o real decreto mediante o que se leve a cabo a transformación deberá ir acompañado da seguinte documentación:

a) Unha memoria que inclúa:

1. Unha xustificación da transformación por non poder asumir as súas funcións mantendo a súa natureza xurídica orixinaria.
2. Unha análise de eficiencia que incluírá unha previsión do aforro que xerará a transformación e a acreditación de inexistencia de duplicidades coas funcións que xa desenvolva outro órgano, organismo público ou entidade preexistente.
3. Unha análise da situación na que quedará o persoal, indicando se, de ser o caso, parte deste se integrará, ben na Administración xeral do Estado ou ben na entidade pública empresarial, sociedade mercantil estatal ou fundación que resulte da transformación.

b) Un informe preceptivo da Intervención Xeral da Administración do Estado no que se valorará o cumprimento do previsto neste artigo.

Finalmente, o artigo 87.5 especifica que a aprobación do real decreto de transformación levará consigo:

a) A adaptación da organización dos medios persoais, materiais e económicos que resulte necesaria polo cambio de natureza xurídica.

b) A posibilidade de integrar o persoal na entidade transformada ou na Administración xeral do Estado. De ser o caso, esta integración levarase a cabo de acordo cos procedementos de mobilidade establecidos na lexislación de función pública ou na lexislación laboral que resulte aplicable.

Os distintos tipos de persoal da entidade transformada terán os mesmos dereitos e obrigas que lles correspondan de acordo coa normativa que lles sexa de aplicación, sen que a adaptación, se é o caso, de persoal que leve consigo a transformación supoña, por si mesma, a atribución da condición de funcionario público ao persoal laboral que prestara servizos na entidade transformada. De feito, a integración dos que ata ese momento viñesen exercendo funcións reservadas a funcionarios públicos, sen selo, poderá realizarse coa condición de "a extinguir", debendo valorarse previamente as características dos postos afectados e as necesidades da entidade onde se integren.

En todo caso, da execución das medidas de transformación non poderá derivarse ningún incremento da masa salarial preexistente na entidade transformada.

- Adaptación á Lei 40/2015 e réxime transitorio

Unha das cuestións máis complexas que formula a entrada en vigor dun novo réxime xurídico xeral para os entes instrumentais é a adaptación a este dos xa existentes. Na Lei 40/2015 esta cuestión abórdase na disposición adicional cuarta, que en realidade debería ser unha disposición transitoria, pois establece un prazo de tres anos dende a entrada en vigor da lei para que todas as entidades e organismos públicos estatais existentes nese momento se adapten ao contido desta. Esta disposición engade que a adaptación se realizará preservando as actuais especialidades dos organismos e entidades en materia de persoal, patrimonio, réxime orzamentario, contabilidade, control económico-financeiro e de operacións como axente de financiamento (incluíndo, respecto destas últimas, o

sometemento, se é o caso, ao ordenamento xurídico privado); non obstante, engádese a precisión de que a preservación das especialidades queda condicionada a que non xerasen deficiencias importantes no control de ingresos e gastos que causen unha situación de desequilibrio financeiro no momento da adaptación.

Como complemento do anterior, e en relación coas previsións do artigo 86 sobre a consideración como medio propio e servizo técnico, a disposición adicional sexta establece que todas as entidades e organismos públicos que no momento da entrada en vigor da Lei 40/2015 teñan a condición de medio propio no ámbito estatal deberán adaptarse ao previsto nela no prazo de seis meses a contar dende a súa entrada en vigor.

En canto ao réxime transitorio, regúlase en tres disposicións distintas da Lei 40/2015. A disposición adicional cuarta, xa citada, remata o seu primeiro parágrafo dicindo que as entidades preexistentes á entrada en vigor da lei que teñan que adaptarse a esta se rexerán pola súa normativa específica ata que esa adaptación se realice, o que despois reitera o apartado 1 da disposición transitoria segunda. Non obstante, isto contradíse coa disposición derogatoria única, que derroga expresamente, hai que entender que con efectos dende a entrada en vigor da Lei 40/2015 (xa que non se especifica outra cousa), boa parte da normativa con rango de lei que regulaba as entidades do sector público institucional estatal; o lexislador só se acorda de salvar a Lei de axencias "ata que, de acordo co previsto na disposición adicional cuarta, conclúa o prazo de adaptación das axencias existentes no sector público estatal".

Na mesma liña da disposición adicional cuarta e do apartado 1 da disposición transitoria segunda, a disposición transitoria primeira sinala que a composición e clasificación do sector público institucional estatal prevista no artigo 84 aplicárase unicamente aos organismos públicos e ás entidades integrantes do sector público institucional estatal que se creen tras a entrada en vigor da Lei 40/2015, así como aos que se adaptasen de acordo co previsto na disposición adicional cuarta.

Fronte a todo o anterior, o apartado 2 da disposición transitoria segunda obriga a aplicar a Lei 40/2015 en todo ou en parte dende a súa entrada en vigor a maioría das entidades preexistentes "en tanto non resulte contrario á súa normativa específica". En concreto, os organismos públicos (e non se aclara se se inclúe ás axencias, que eran organismos

públicos antes da entrada en vigor da Lei 40/2015, ou se xa se está a facer referencia á nova tipoloxía de entidades do sector público institucional, que as exclúe) terán que aplicar os principios establecidos no capítulo I do título II e o réxime de control previsto nos artigos 85 e 92.2 así como, se se transformasen, fusionasen, disolvesen ou liquidasen, o disposto nos artigos 87, 94, 96 e 97. Pola súa parte, as sociedades mercantís estatais, os consorcios, as fundacións do sector público estatal e os fondos carentes de personalidade xurídica aplicarán os correspondentes capítulos do título II da lei a eles dedicados. Ao final, só quedan completamente á marxe da aplicación da Lei 40/2015 mentres non se adapten a ela as autoridades administrativas independentes preexistentes e, segundo como se interprete este apartado 2 da disposición transitoria segunda, as axencias estatais.

3. NORMAS COMÚNS AOS ORGANISMOS PÚBLICOS ESTATAIS

- Definición e actividades

A definición dos organismos públicos lévase a cabo no artigo 88 da Lei 40/2015 por referencia ás actividades que poden realizar. Así, son organismos públicos dependentes ou vinculados á Administración Xeral do Estado, ben directamente ou ben a través doutro organismo público, os creados para a realización de:

- Actividades administrativas, sexan de fomento, prestación ou de xestión de servizos públicos ou de produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación.
- Actividades de contido económico reservadas ás administracións públicas.
- A supervisión ou regulación de sectores económicos, e cuxas características xustifiquen a súa organización en réxime de descentralización funcional ou de independencia.

Engade o artigo 89 que os organismos públicos teñen personalidade xurídica pública diferenciada, patrimonio e tesourería propios, así como autonomía de xestión, nos termos previstos na Lei 40/2015.

- Potestades administrativas

Dentro da súa esfera de competencia, correspóndenlles as potestades administrativas precisas para o cumprimento dos seus fins, nos termos que prevexan os seus estatutos, salvo a potestade expropiatoria. En particular, os estatutos poderán atribuírlles aos

organismos públicos a potestade de ordenar aspectos secundarios do funcionamento para cumprir cos fins e o servizo encomendado, no marco e co alcance establecido polas disposicións que fixen o réxime xurídico básico do devandito servizo.

Os actos e resolucións ditados polos organismos públicos no exercicio de potestades administrativas son susceptibles dos recursos administrativos previstos na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

- Estrutura organizativa básica

Faltaba na lexislación anterior unha previsión da estrutura organizativa básica dos organismos públicos estatais, remitíndose por completo a cuestión aos estatutos de cada entidade. Esa remisión mantense no artigo 90.1, da Lei 40/2015, pero ao mesmo tempo establécese que os "os máximos órganos de goberno son o presidente e o Consello Reitor", sen prexuízo de que os estatutos poidan "prever outros órganos de goberno con atribucións distintas".

En todo caso, en consonancia co réxime de control de eficacia ao que deben someterse todas as entidades do sector público institucional estatal, o precepto que nos ocupa dispón que a dirección do organismo público debe establecer un modelo de control orientado a conseguir unha seguridade razoable no cumprimento dos seus obxectivos. Tamén se menciona no artigo 90.2 a clasificación dos organismos públicos estatais nos tres grupos que contempla o Real decreto 451/2012, do 5 de marzo, polo que se regula o réxime retributivo dos máximos responsables e directivos no sector público empresarial e outras entidades, para os efectos de fixar o número máximo de membros dos órganos de goberno, o número mínimo e máximo de directivos e a contía máxima da retribución total destes últimos, con determinación da porcentaxe máxima do complemento de posto e variable, clasificación que levará a cabo o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

- Creación

As regras sobre creación de organismos públicos estatais aparecen no artigo 91 da Lei 40/2015, que reserva á lei esa creación, e engade que esta establecerá:

a) O tipo de organismo público que crea, con indicación dos seus fins xerais, así como o departamento de dependencia ou vinculación.

b) De ser o caso, os recursos económicos, así como as peculiaridades do seu réxime de persoal, de contratación, patrimonial, fiscal e calquera outras que, pola súa natureza, esixan unha norma con rango de lei.

O anteproxecto de lei de creación do organismo público que se remita ao Consello de Ministros deberá estar acompañado dunha proposta de estatutos e dun plan inicial de actuación, xunto co informe preceptivo favorable do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas que valorará o cumprimento do previsto no artigo da Lei 40/2015.

Hai que ter en conta tamén que o artigo 95 da Lei 40/2015 prevé que as normas de creación dos organismos públicos estatais incluírán a xestión compartida dalgúns ou todos os servizos comúns que define o apartado 2 do artigo (xestión de bens inmoables, sistemas de información e comunicación, asistencia xurídica, contabilidade e xestión financeira, publicacións e contratación pública), salvo que na memoria que acompañe a norma de creación se xustifique a decisión de non os compartir por razóns de eficiencia, de seguridade nacional ou de necesidade de xestión autónoma en atención á independencia do organismo.

- Plan inicial de actuación

Do plan inicial de actuación dos organismos públicos ocúpase o artigo 92 da Lei 40/2015, que o configura como unha mestura de memoria xustificativa e de plan de actuación propiamente dito. Así, este deberá conter:

- a) As razóns que xustifican a creación dun novo organismo público, por non poder asumir esas funcións outro xa existente, así como a constatación de que a creación non supón duplicidade coa actividade que desenvolva calquera outro órgano ou entidade preexistente.
- b) A forma xurídica proposta e unha análise que xustifique que a elixida resulta máis eficiente fronte a outras alternativas de organización que se descartasen.
- c) A fundamentación da estrutura organizativa elixida, determinando os órganos directivos e a previsión sobre os recursos humanos necesarios para o seu funcionamento.
- d) O anteproxecto do orzamento correspondente ao primeiro exercicio xunto cun estudo

económico-financeiro que acredite a suficiencia da dotación económica prevista inicialmente para o comezo da súa actividade e a sostibilidade futura do organismo, atendendo ás fontes futuras de financiamento dos gastos e os investimentos, así como á incidencia que terá sobre os orzamentos xerais do Estado.

e) Os obxectivos do organismo, xustificando a súa suficiencia ou idoneidade, os indicadores para medilos, e a programación plurianual de carácter estratéxico para alcanzalos, especificando os medios económicos e persoais que dedicará, concretando neste último caso a forma de provisión dos postos de traballo, a súa procedencia, custo, retribucións e indemnizacións, así como o ámbito temporal en que se prevé desenvolver a actividade do organismo.

Así mesmo, incluíranse as consecuencias asociadas ao grao de cumprimento dos obxectivos establecidos e, en particular, a súa vinculación coa avaliación da xestión do persoal directivo no caso de incumprimento. Para tal efecto, a repartición do complemento de produtividade ou concepto equivalente realizarase tendo en conta o grao de cumprimento dos obxectivos establecidos no plan de creación e nos anuais.

Este plan inicial de actuación terase que actualizar cada ano mediante o correspondente plan anual de actuación, que deberá ser aprobado no último trimestre do ano natural para o exercicio seguinte polo departamento do que dependa ou ao que estea vinculado o organismo, e deberá gardar coherencia co programa de actuación plurianual previsto na normativa orzamentaria. O plan de actuación incorporará, cada tres anos, unha revisión da programación estratéxica do organismo. Mesmo se prevén as consecuencias que leva consigo a falta de aprobación do plan anual de actuación dentro do prazo fixado: se se debe a unha causa imputable ao organismo, levará aparellada a paralización das transferencias que deban realizarse a favor deste con cargo aos orzamentos xerais do Estado, salvo que o Consello de Ministros adopte outra decisión.

De acordo coa normativa de transparencia, o plan de actuación e os anuais, así como as súas modificacións, faranse públicos na páxina web do organismo público ao que corresponda.

- Estatutos

A regulación dos estatutos dos organismos públicos estatais está contida no artigo 93 da

Lei 40/2015, que establece que estes regularán, polo menos, os seguintes extremos:

- a) As funcións e competencias do organismo, con indicación das potestades administrativas que poida posuír.
- b) A determinación da súa estrutura organizativa, con expresión da composición, funcións, competencias e rango administrativo que lle corresponda a cada órgano. Así mesmo, especificaranse aqueles dos seus actos e resolucións que esgoten a vía administrativa.
- c) O patrimonio que se lles asigne e os recursos económicos que deban financeiros.
- d) O réxime relativo a recursos humanos, patrimonio, orzamento e contratación.
- e) A facultade de participación en sociedades mercantís cando iso sexa imprescindible para a consecución dos fins asignados.

Os estatutos dos organismos públicos aprobaranse por Real decreto do Consello de Ministros, a proposta conxunta do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e do ministerio ao que o organismo estea vinculado ou sexa dependente, debendo producirse tanto a aprobación coma a publicación destes con carácter previo á entrada en funcionamento efectivo do organismo público.

- Fusión

O artigo 94 da Lei 40/2015 ocúpase da fusión dos organismos públicos, que ten dúas modalidades: por integración nun novo organismo público e por absorción por un organismo público xa existente. En ambos os dous casos, o organismo fusionado extingúese e a operación lévase a cabo mediante norma regulamentaria, aínda que supoña modificación da lei de creación. Esta deslegalización é coherente co que con carácter máis xeral establece o artigo 87.3 da Lei 40/2015 para as transformacións das entidades do sector público institucional estatal.

En todo caso, a norma regulamentaria de fusión deberá ir acompañada dun "plan de redimensionamento" para a adecuación das estruturas organizativas, inmobiliarias, de persoal e de recursos resultantes da nova situación, e no que deberá quedar acreditado o aforro que xerará a fusión, inciso este último que deixa ben claro cal é a finalidade principal destas operacións. Ademais, prevese que, se algún dos organismos públicos estivese en situación de desequilibrio financeiro, se poderá dispoñer no plan que as

obrigas, bens e dereitos patrimoniais que se consideren liquidables e deriven da actividade que ocasionou o desequilibrio se integren nun fondo, sen personalidade xurídica e con contabilidade separada, adscrito ao novo organismo público ou ao absorbente, segundo o tipo de fusión.

Por último, o artigo 94.4 regula o xeito en que se leva a efecto a fusión, unha vez quede aprobada a norma de fusión. Así, esa aprobación levará consigo:

- a) A integración das organizacións dos organismos públicos fusionados, incluíndo os medios persoais, materiais e económicos, nos termos previstos no plan de redimensionamento.
- b) A aplicación ao persoal das mesmas regras previstas con carácter xeral no artigo 87.5.b) para 87.3 para as transformacións das entidades do sector público institucional estatal.
- c) A cesión e a integración global, en unidade de acto, de todo o activo e o pasivo dos organismos públicos extinguidos no novo organismo público resultante da fusión ou no organismo público absorbente, segundo proceda, que o sucederá universalmente en todos os seus dereitos e obrigas, sen que a fusión altere as condicións financeiras das obrigas asumidas nin poida ser entendida como causa de resolución das relacións xurídicas.
- d) Se se tivese previsto no plan de redimensionamento, a integración das obrigas, bens e dereitos patrimoniais que se consideren liquidables nun fondo, sen personalidade xurídica e con contabilidade separada, adscrito ao novo organismo público resultante da fusión ou ao organismo público absorbente, segundo proceda, que designará un liquidador ao que lle corresponderá a liquidación deste fondo. A liquidación deberá levarse a cabo durante os dous anos seguintes á aprobación da norma regulamentaria de fusión, salvo que o Consello de Ministros acorde a súa prórroga, sen prexuízo dos posibles dereitos que lle poidan corresponder aos acredores. A aprobación das normas ás que terá que axustarse a contabilidade do fondo corresponderalle ao Ministro de Facenda e Administracións Públicas por proposta da Intervención Xeral da Administración do Estado.

- Disolución, liquidación e extinción

A Lei 40/2015 regula separadamente a disolución dos organismos públicos estatais, á que se refire o artigo 96, e a liquidación e extinción, que se aborda no artigo 97.

No que se refire á disolución, procédese a unha deslegalización similar á que se aplica á fusión, posto que os supostos desta se enuncian no artigo 96.1 a través dunha lista aberta. Así, os organismos públicos deberán disolverse:

- a) Polo transcurso do tempo de existencia sinalado na lei de creación.
- b) Porque a totalidade dos seus fins e obxectivos sexan asumidos polos servizos da Administración xeral do Estado.
- c) Porque os seus fins fosen totalmente cumpridos, de forma que non se xustifique a existencia do organismo público, e así se puxese de manifesto no control de eficacia.
- d) Cando do seguimento do plan de actuación resulte o incumprimento dos fins que xustificaron a creación do organismo ou que a súa subsistencia non é o medio máis idóneo para logralos e así se conclúa no control de eficacia ou de supervisión continua.
- e) Por encontrarse en situación de desequilibrio financeiro durante dous exercicios orzamentarios consecutivos. Esta situación de desequilibrio financeiro referirase, para os entes que teñan a consideración de administración pública para os efectos do Sistema Europeo de Contas, á súa necesidade de financiamento en termos do Sistema Europeo de Contas, mentres que para os demais entes se entenderá como a situación de desequilibrio financeiro manifestada na existencia de resultados brutos negativos de explotación en dous exercicios contables consecutivos.
- f) Por calquera outra causa establecida nos estatutos.
- g) Cando así o acorde o Consello de Ministros seguindo o procedemento determinado para o efecto no acto xurídico que acorde a disolución.

Así mesmo, os apartados 2 e 3 do artigo 96 prevén a disolución automática, por ministerio da lei, daqueles organismos públicos, que incorran nas causas de disolución se os órganos competentes non actúan para que esta se acorde expresamente. En relación coas causas de disolución concretas enunciadas polo apartado 1, menos a consistente en encontrarse en situación de desequilibrio financeiro durante dous exercicios orzamentarios consecutivos, outórgaselle ao titular do máximo órgano de dirección do organismo un prazo de dous meses para comunicar a súa concorrencia ao ministerio de adscrición, transcorrido este sen que se producise a comunicación, prodúcese a disolución

automática; igualmente, o Consello de Ministros ten un prazo de dous meses dende a recepción da comunicación para adoptar e publicar o acordo de disolución, coa mesma consecuencia de disolución automática en caso de incumprimento do prazo.

En cambio, cando a causa de disolución é o desequilibrio financeiro non se prevé a disolución automática por non comunicar a circunstancia no prazo de dous meses, nin tampouco pola non aprobación no mesmo prazo dende a comunicación do plan de corrección do desequilibrio previsto polo artigo 96.3. Só cando o plan se aproba e se aplica durante dous exercicios consecutivos sen que se consiga corrixir o desequilibrio, para comunicar isto último ábrese un prazo de cinco días naturais cuxo incumprimento si dá lugar á disolución automática, igual que acontece se se formula a comunicación e o Consello de Ministros non aproba e publica o acordo de disolución no prazo de dous meses do apartado 2 (a menos que se acorde a prórroga da duración do plan de corrección).

A lei preocúpase tamén de establecer o que supón a disolución automática: a prohibición de que o organismo público realice algún acto xurídico, salvo os estritamente necesarios para garantir a eficacia da súa liquidación e extinción.

Esta última cuestión regúlase, como se dixo, no artigo 97 da Lei 40/2015. A liquidación dos organismos públicos iníciase de xeito automático unha vez publicado o acordo de disolución, ou producida esta por ministerio da lei e nos termos xa analizados. A liquidación ten lugar pola cesión e integración global, en unidade de acto, de todo o activo e o pasivo do organismo público na Administración xeral do Estado, que lle sucederá universalmente en todos os seus dereitos e obrigas. A responsabilidade que lles corresponda aos empregados públicos como membros do órgano ou entidade designado como liquidador será asumida directamente pola Administración xeral do Estado, sen prexuízo do cal esta lles poida esixir de oficio a responsabilidade en que incorresen polos danos e perdas causados nos seus bens ou dereitos cando concorra dolo, ou culpa ou negligencia graves, conforme ao previsto nas leis administrativas en materia de responsabilidade patrimonial.

En definitiva, a Administración xeral do Estado subrógase automaticamente en todas as relacións xurídicas que tivese o organismo público cos seus acredores, tanto de carácter principal como accesorias, á data de adopción do acordo de disolución ou, no seu defecto,

á data en que concorrese a causa de disolución, incluíndo os activos e pasivos sobrevidos. Esta subrogación non alterará as condicións financeiras das obrigas asumidas nin poderá ser entendida como causa de resolución das relacións xurídicas. Finalmente, unha vez formalizada a liquidación do organismo público, producirase a súa extinción automática.

II. ORGANISMOS AUTÓNOMOS ESTATAIS

- Definición, dependencia e denominación (artigo 98)

Os organismos autónomos estatais defínense no artigo 98.1 da Lei 40/2015 como entidades de dereito público, con personalidade xurídica propia, tesourería e patrimonio propios e autonomía na súa xestión, que desenvolven actividades propias da Administración pública, tanto actividades de fomento, prestacionais, de xestión de servizos públicos ou de produción de bens de interese público, susceptibles de contraprestación, en calidade de organizacións instrumentais diferenciadas e dependentes desta.

Os organismos autónomos dependen directamente da Administración xeral do Estado, á que lle corresponde a súa dirección estratéxica, a avaliación dos resultados da súa actividade e o control de eficacia.

Tal como se establece na Lei 40/2015 para todos os tipos de entidades do sector público institucional estatal, con independencia de cal sexa a súa denominación, cando un organismo público teña a natureza xurídica de organismo autónomo deberá figurar na súa denominación a indicación "organismo autónomo" ou a súa abreviatura "O. A.". Esta medida trata de poñer couto á confusión que as denominacións dos entes instrumentais producen en moitas ocasións ao non dar unha idea correcta da súa natureza xurídica.

- Réxime xurídico xeral (artigo 99)

Os organismos autónomos rexeranse polo disposto na propia Lei 40/2015, na súa lei de creación; os seus estatutos; a Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas; o texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro; a Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das administracións públicas e o resto das normas de dereito administrativo xeral e especial que lle sexa de aplicación. En defecto de norma administrativa, aplicarase o dereito común.

A continuación, o dito réxime xurídico xeral especificase nos seguintes termos:

- *Persoal* (artigo 100.1)

O persoal ao servizo dos organismos autónomos será funcionario ou laboral, e rexerase polo previsto no Estatuto básico do empregado público e demais normativa reguladora dos funcionarios públicos e pola normativa laboral. O nomeamento dos titulares dos órganos dos organismos autónomos rexerase polas normas aplicables á Administración xeral do Estado. O titular do máximo órgano de dirección do organismo terá atribuídas, en materia de xestión de recursos humanos, as facultades que lle asigne a lexislación específica. O organismo autónomo estará obrigado a aplicar as instrucións sobre recursos humanos ditadas polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e a comunicarllo a este departamento cantos acordos ou resolucións adopte en aplicación do réxime específico de persoal establecido na súa lei de creación ou nos seus estatutos.

- *Contratación* (artigo 100.2)

A contratación dos organismos autónomos axustarase ao disposto na lexislación sobre contratación do sector público. O titular do máximo órgano de dirección do organismo autónomo será o órgano de contratación.

- *Patrimonio* (artigo 101.1)

Os organismos autónomos terán, para o cumprimento dos seus fins, un patrimonio propio, distinto do da administración pública, integrado polo conxunto de bens e dereitos dos que sexan titulares. A xestión e administración dos seus bens e dereitos propios, así como daqueles do patrimonio da Administración que se lles adscriban para o cumprimento dos seus fins, será exercida de acordo ao establecido para os organismos autónomos na Lei de patrimonio das administracións públicas.

- *Recursos económicos* (artigo 101.2)

Os recursos económicos dos organismos autónomos poderán provir das seguintes fontes:

- a) Os bens e valores que constitúen o seu patrimonio.
- b) Os produtos e rendas do dito patrimonio.
- c) As consignacións específicas que tiveren asignadas nos orzamentos xerais do Estado.

- d) As transferencias correntes ou de capital que procedan da Administración ou entidades públicas.
- e) As doazóns, legados, patrocinios e outras achegas de entidades privadas e de particulares.
- f) Calquera outro recurso que estean autorizados a percibir, segundo as disposicións polas que se rexan ou que lles puidesen ser atribuídos.

- *Orzamentos, contabilidade e control económico-financeiro* (artigo 102)

Os organismo autónomos aplicarán o réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control establecido pola Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria.

III. AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS

- *Definición, dependencia e denominación* (artigo 103)

As entidades públicas empresariais defínense no artigo 103.1 da Lei 40/2015 como entidades de dereito público, con personalidade xurídica propia, patrimonio propio e autonomía na súa xestión, que se financian maioritariamente con ingresos de mercado e que xunto co exercicio de potestades administrativas desenvolven actividades prestacionais, de xestión de servizos ou de produción de bens de interese público, susceptibles de contraprestación. De acordo co artigo 107.3, enténdese que se financian maioritariamente con ingresos de mercado cando teñan a consideración de produtor de mercado de conformidade co Sistema Europeo de Contas. Para tales efectos tomarase en consideración a clasificación das diferentes entidades públicas para os efectos da contabilidade nacional que efectúe o Comité Técnico de Contas Nacionais e que se recollerá no Inventario de Entidades do Sector Público Estatal, Autonómico e Local.

As entidades públicas empresariais dependen da Administración xeral do Estado ou dun organismo autónomo vinculado ou dependente desta, ao que lle corresponde a dirección estratéxica, a avaliación dos resultados da súa actividade e o control de eficacia.

Como no caso dos demais tipos de entidades do sector público institucional estatal, con independencia de cal sexa a súa denominación, cando un organismo público teña natureza xurídica de entidade pública empresarial deberá figurar na súa denominación a indicación

de "entidade pública empresarial" ou a súa abreviatura "E. P. E.".

- *Réxime xurídico xeral* (artigos 104 e 105)

O réxime xurídico xeral aplicable ás entidades públicas empresariais recóllese no artigo 104 da Lei 40/2015, e é un dos seus principais trazos distintivos con respecto aos organismos autónomos. A diferenza destes, as entidades públicas empresariais réxense polo dereito privado, agás na formación da vontade dos seus órganos, no exercicio das potestades administrativas que teñan atribuídas e nos aspectos especificamente regulados para estas na Lei 40/2015, na súa lei de creación, os seus estatutos, a Lei de procedemento administrativo común das administracións públicas, o texto refundido da Lei de contratos do sector público, a Lei de patrimonio das administracións públicas, e o resto de normas de dereito administrativo xeral e especial que lle sexan de aplicación.

Sobre o exercicio de potestades administrativas por estas entidades, o artigo 105 aclara que só pode ser levado a cabo por aqueles órganos aos que os estatutos lles asignen expresamente esta facultade. Non obstante, os órganos das entidades públicas empresariais non son asimilables en canto ao seu rango administrativo ao dos órganos da Administración xeral do Estado, salvo as excepcións que, para determinados efectos se fixen, en cada caso, nos seus estatutos.

- *Persoal* (artigo 106)

A regra xeral é que as entidades públicas empresariais estean dotadas de persoal laboral, aínda que se prevé tamén que a lei de creación de cada entidade pública empresarial deberá determinar as condicións conforme ás cales os funcionarios da Administración xeral do Estado poderán cubrir destinos nela.

A selección do persoal laboral destas entidades realizarase conforme ás seguintes regras:

- a) O persoal directivo, que se determinará nos estatutos da entidade, será nomeado conforme aos criterios de competencia profesional e experiencia establecidos no artigo 55.11 da Lei 40/2015, atendendo á experiencia no desempeño de postos de responsabilidade na xestión pública ou privada.
- b) O resto do persoal será seleccionado mediante convocatoria pública baseada nos principios de igualdade, mérito e capacidade.

A determinación e modificación das condicións retributivas, tanto do persoal directivo coma do resto do persoal, requirirán o informe conxunto, previo e favorable do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas. Este último efectuará, coa periodicidade axeitada, controis específicos sobre a evolución dos gastos de persoal e da xestión dos seus recursos humanos, conforme aos criterios previamente establecidos por estes.

- *Contratación* (artigo 106.6)

A contratación das entidades públicas empresariais réxese polas previsións contidas ao respecto na lexislación de contratos do sector público.

- *Patrimonio* (artigo 107.1)

As entidades públicas empresariais terán, para o cumprimento dos seus fins, un patrimonio propio, distinto do da Administración pública, integrado polo conxunto de bens e dereitos dos que sexan titulares. A xestión e administración dos seus bens e dereitos propios, así como daqueles do patrimonio da Administración que se lles adscriban para o cumprimento dos seus fins, será exercida de acordo co previsto na Lei de patrimonio das administracións públicas.

- *Recursos* (artigo 107.2)

As entidades públicas empresariais poderán financiarse cos ingresos que se deriven das súas operacións, obtidos como contraprestación das súas actividades comerciais, e cos recursos económicos que proveñan das seguintes fontes:

- a) Os bens e valores que constitúen o seu patrimonio.
- b) Os produtos e rendas do devandito patrimonio e calquera outro recurso que lle puidese ser atribuído.

Excepcionalmente, cando así o prevexa a lei de creación, poderá financiarse cos recursos económicos que proveñan das seguintes fontes:

- a) As consignacións específicas que tiveran asignadas nos orzamentos xerais do Estado.
- b) As transferencias correntes ou de capital que procedan das administracións ou entidades públicas.
- c) As doazóns, legados, patrocinios e outras achegas de entidades privadas e de

particulares.

- *Orzamentos, contabilidade e control económico-financeiro* (artigo 108)

As entidades públicas empresariais aplicarán o réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control establecido na Lei xeral orzamentaria.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1.^a ed., 2009.

AA.VV. *Tratado del sector público estatal*, 1.^a ed., La Ley, 2010.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, 26.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. *Fundamentos de derecho público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*, 11.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 13

**AS SOCIEDADES MERCANTÍS ESTATAIS. AS
FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO ESTATAL.
OS CONSORCIOS. OS FONDOS SEN
PERSONALIDADE XURÍDICA. AS
CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO. OS
COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE
COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN:
REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

TEMA 13. AS SOCIEDADES MERCANTÍS ESTATAIS. AS FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO ESTATAL. OS CONSORCIOS. OS FONDOS SEN PERSONALIDADE XURÍDICA. AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO. OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL

I. AS SOCIEDADES MERCANTÍS ESTATAIS

O artigo 128.2 CE recoñece a iniciativa pública na actividade económica, establecendo que "mediante lei se poderán reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente no caso do monopolio e, así mesmo, acordar a intervención de empresas cando así o esixise o interese xeral". Maníéstase así a posibilidade do Estado de intervenir como un axente económico ou como empresario no ámbito socioeconómico. Nesta liña, a Sentenza da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 10 de outubro de 1989 precisou o contido e os límites da iniciativa pública empresarial, ao sinalar que "a creación de empresas públicas para fins comerciais, que é legalmente posible, está suxeita á dobre condición de que a actividade empresarial que se vaia desenvolver coa empresa pública sexa unha actividade de indubidable interese público apreciable e apreciada no momento da creación, e que no exercicio da actividade económica empresarial de que trate a empresa pública se someta, sen excepción nin privilexio ningún directo, nin indirecto, ás mesmas regras de libre competencia que rexen o mercado. Dende este punto de vista, estamos ante entidades dotadas de personalidade xurídica rexidas polo dereito privado incardinadas no sector público. "

A Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, enumera no seu artigo 84.1.c) as sociedades mercantís estatais como unha das entidades que integran o sector público institucional estatal, desenvolvendo a súa regulación no capítulo V do seu título II.

- Definición legal

De acordo co artigo 111.1 da Lei 40/2015, enténdese por sociedade mercantil estatal aquela sociedade mercantil sobre a que se exerce control estatal:

a) Ben porque a participación directa, no seu capital social da Administración xeral do Estado ou algunha das entidades que, conforme ao disposto no artigo 84 da Lei 40/2015,

integran o sector público institucional estatal, incluídas as sociedades mercantís estatais, sexa superior ao 50 por 100. Para a determinación desta porcentaxe, sumaranse as participacións correspondentes á Administración xeral do Estado e a todas as entidades integradas no sector público institucional estatal, no caso de que no capital social participen varias delas.

b) Ben porque a sociedade mercantil se encontre no suposto previsto no artigo 4 da Lei 24/1988, do 28 de xullo, do mercado de valores respecto da Administración xeral do Estado ou dos seus organismos públicos vinculados ou dependentes. Este precepto remítese á definición de grupo de sociedades contida no artigo 42 do Código de Comercio, segundo a cal este existe cando unha sociedade posúa ou poida posuír, directa ou indirectamente, o control doutra ou doutras. En particular, presumirase que existe control cando unha sociedade, que se cualificará como dominante, se encontre en relación con outra sociedade, que se cualificará como dependente, nalgunha das seguintes situacións:

a) Posúa a maioría dos dereitos de voto. b) Teña a facultade de nomear ou destituír a maioría dos membros do órgano de administración. c) Poida dispoñer, en virtude de acordos celebrados con terceiros, da maioría dos dereitos de voto. d) Designase cos seus votos a maioría dos membros do órgano de administración, que desempeñen o seu cargo no momento en que deban formularse as contas consolidadas e durante os dous exercicios inmediatamente anteriores.

O artigo 111 engade no seu apartado 2 que na denominación das sociedades mercantís que teñan a condición de estatais deberá figurar necesariamente a indicación "sociedade mercantil estatal" ou a súa abreviatura "S. M. E.".

- Principios reitores

O artigo 112 da Lei 40/2015 establece os principios reitores, non tanto da actuación das sociedades mercantís estatais, coma da propia Administración xeral do Estado e as entidades do sector público institucional estatal en canto titulares do capital social daquelas: eficiencia, transparencia e bo goberno na xestión destas sociedades mercantís. De acordo coas últimas tendencias en materia de goberno corporativo, faise unha referencia expresa á promoción das boas prácticas e os códigos de conduta.

- Réxime xurídico xeral

O réxime xurídico aplicable a estas sociedades atópase contido no artigo 113 da Lei 40/2015, que coincide substancialmente co artigo 166.2 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das Administracións públicas. Prevese a aplicación da propia Lei 40/2015, da Lei do patrimonio das administracións públicas e do ordenamento xurídico privado, salvo nas materias en que sexa de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de persoal, de control económico-financeiro e de contratación. Así mesmo, aínda que se prohibe que estas sociedades dispoñan de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública, considérase a posibilidade de que "excepcionalmente" a lei poida atribuírlles o exercicio de potestades administrativas.

- Creación e extinción

O artigo 169.f) da Lei do patrimonio das administracións públicas atribúelle ao Consello de Ministros a competencia para autorizar a creación, transformación, fusión, escisión e extinción de sociedades mercantís estatais, así como os actos e negocios que impliquen a perda ou adquisición desta condición por sociedades existentes, engadindo que no expediente de autorización deberá incluírse unha memoria relativa aos efectos económicos previstos. Estas previsións agora desenvólvense con moito maior detalle no artigo 114 da Lei 40/2015, que mantén a esixencia de acordo do Consello de Ministros para autorizar a creación das sociedades mercantís estatais, ou para que sociedades xa existentes adquiran ese carácter, pero engade que o acordo debe ir acompañado dunha proposta de estatutos e dun plan de actuación.

Este último é, en realidade, unha combinación de memoria xustificativa da creación da sociedade e de plan de actuación en sentido propio, pois debe conter:

- a) As razóns que xustifican a creación da sociedade por non poder asumir esas funcións outra entidade xa existente, así como a inexistencia de duplicidades. Para estes efectos, deberá deixarse constancia da análise realizada sobre a existencia de órganos ou entidades que desenvolven actividades análogas sobre o mesmo territorio e poboación e as razóns polas que a creación da nova sociedade non entraña duplicidade con entidades existentes.
- b) Unha análise que xustifique que a forma xurídica proposta resulta máis eficiente fronte

á creación dun organismo público ou outras alternativas de organización que se descartasen.

c) Os obxectivos anuais e os indicadores para medilos.

É necesario tamén un informe preceptivo favorable do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ou da Intervención Xeral da Administración do Estado, segundo se determine, que valorará o cumprimento de todo o anterior.

O artigo 114.1 da Lei 40/2015 establece que o programa de actuación plurianual que, conforme á Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, deben elaborar as sociedades cada ano ten de incluír un plan de actuación anual que servirá de base para o control de eficacia da sociedade. Como no caso dos organismos públicos, a falta de aprobación do plan de actuación dentro do prazo anual fixado, por causa imputable á sociedade e ata tanto se emende a omisión, levará aparellada a paralización das achegas que deban realizarse a favor daquela con cargo aos orzamentos xerais do Estado.

Sobre a liquidación das sociedades mercantís estatais, o apartado 2 do artigo 114 da Lei 40/2015 límitase a dicir que recaerá nun órgano da Administración xeral do Estado ou nunha entidade integrante do sector público institucional estatal, ademais de prever o réxime de responsabilidade dos empregados públicos como membros da entidade ou órgano liquidador, do que se falará a continuación.

- Réxime de responsabilidade dos administradores e liquidadores

O artigo 115 da Lei 40/2015 dispón que a responsabilidade que lles corresponda aos empregados públicos como membros do consello de administración dunha sociedade mercantil estatal será asumida directamente pola Administración xeral do Estado que os designase, sen prexuízo do cal esta lles poida esixir de oficio a responsabilidade en que incorresen polos danos e perdas causados nos seus bens ou dereitos cando concorra dolo, ou culpa ou neglixencia graves. Este mesmo réxime aplícase tamén á responsabilidade que lles corresponda aos empregados públicos como membros da entidade ou órgano liquidador dunha sociedade mercantil estatal, e precisamente a dicción destas cláusulas está tomada do que se establece en materia de responsabilidade dos membros do órgano ou entidade designada como liquidador dos organismos estatais e que xa se comentou no apartado correspondente deste traballo.

- *Tutela*

A tutela das sociedades mercantís estatais regúlase no artigo 116 da Lei 40/2015, que reproduce boa parte do capítulo II do título VII da Lei do patrimonio das administracións públicas. Nestes preceptos prevese a posibilidade de atribuírle a tutela funcional das sociedades mercantís estatais a un ministerio cuxas competencias garden relación co obxecto destas, en defecto do cal a tutela a exerce o Ministerio de Facenda e Administracións Públicas. Ademais, habílitase o titular do ministerio de tutela para darlles instrucións ás sociedades en casos excepcionais para que realicen determinadas actividades de interese público, en cuxo caso os administradores das sociedades terán que actuar diligentemente para a súa execución, e quedarán exonerados da responsabilidade prevista no artigo 236 do texto refundido da Lei de sociedades de capital, aprobado polo Real decreto legislativo 1/2010, do 2 de xullo, se do cumprimento das devanditas instrucións se derivasen consecuencias lesivas.

- *Réxime orzamentario, de contabilidade, control económico-financeiro e de persoal*

O artigo 117.1 da Lei 40/2015 prevé a elaboración anual polas sociedades mercantís estatais dun orzamento de explotación e capital e dun plan de actuación que forma parte do programa plurianual, e que se integrarán co orzamento xeral do Estado; ademais, o programa plurianual conterá a revisión trienal do plan de actuación que impón para todas as entidades do sector público institucional estatal o artigo 85 da propia Lei 40/2015.

O resto do artigo 117 desta última somete as sociedades mercantís estatais aos principios e normas de contabilidade recollidos no Código de Comercio e o Plan Xeral de Contabilidade e disposicións que o desenvolven, así como ao control da Intervención Xeral da Administración do Estado, e en materia de persoal remítese ao dereito laboral, sen prexuízo da aplicación das normas que lles correspondan pola súa pertenza ao sector público estatal, como a disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público, ademais da normativa orzamentaria e, en especial, as leis de orzamentos xerais do Estado.

II. AS FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO ESTATAL

As fundacións do sector público estatal, inicialmente reguladas nos artigos 44, 45 e 46 da Lei 50/2002, do 26 de decembro, de fundacións, inclúense na actualidade en artigo

84.1.e) da Lei 40/2015 como unha dos tipos de entidades que integran o sector público institucional estatal, desenvolvéndose o seu réxime xurídico no capítulo VII do título II desta última lei. Hai que facer notar que no capítulo mencionado se inclúen tamén algunhas normas básicas aplicables ás fundacións de todas as administracións públicas.

- Definición legal e actividades

De acordo co artigo 128.1 da Lei 40/2015, son fundacións do sector público estatal aquelas que reúnan algún dos requisitos seguintes:

- a) Que se constituán de forma inicial, cunha achega maioritaria, directa ou indirecta, da Administración xeral do Estado ou calquera dos suxeitos integrantes do sector público institucional estatal, ou ben reciban a devandita achega con posterioridade á súa constitución.
- b) Que o patrimonio da fundación estea integrado en máis dun 50 por cento por bens ou dereitos achegados ou cedidos por suxeitos integrantes do sector público institucional estatal con carácter permanente.
- c) Que a maioría de dereitos de voto no seu padroado lle corresponda a representantes do sector público institucional estatal.

- Actividades

O propio artigo 128 da Lei 40/2015 limita as actividades que pode realizar este tipo de fundacións, algo moi necesario para evitar a utilización indebida da forma de personificación que nos ocupa. Terá que tratarse de actividades sen ánimo de lucro dirixidas ao cumprimento de fins de interese xeral, con independencia de que o servizo se preste de forma gratuíta ou mediante contraprestación (neste último suposto haberá que entender que a contraprestación deberá limitarse a cubrir os custos que implica a prestación do servizo e a soster o funcionamento da fundación, sen que en ningún caso poida representar un lucro para esta). Ademais, as devanditas actividades estarán relacionadas co ámbito competencial das entidades do sector público fundadoras, debendo coadxuvar á consecución dos fins destas, sen que iso supoña a asunción das súas competencias propias, salvo previsión legal expresa, e mantense a prohibición de que estas fundacións exerzan potestades públicas, sen matices, a diferenza do que sucedía coas sociedades mercantís estatais.

Como para as demais entidades do sector público institucional estatal, a Lei 40/2015 esixe que na denominación das fundacións do sector público estatal figure necesariamente a indicación "fundación do sector público" ou a súa abreviatura "F. S. P.".

Por último, o artigo 128 establece no seu apartado 3 que, para o financiamento das actividades e o mantemento destas fundacións, debe preverse a posibilidade de que no seu patrimonio exista unha achega do sector privado de forma non maioritaria.

- Adscrición

Esta cuestión trátase no artigo 129 da Lei 40/2015, que é un dos preceptos de carácter básico desta parte. Os estatutos de cada fundación teñen que determinar a Administración á que quedará adscrita, de acordo cuns criterios que se refiren á situación existente o primeiro día do exercicio orzamentario, fixando a adscrición durante todo ese período. Segundo eses criterios, que se aplican pola orde de prioridade en que están enunciados, as fundacións do sector público quedarán adscritas á Administración que:

- a) Dispoña de maioría de patróns.
- b) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros dos órganos executivos.
- c) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros do persoal directivo.
- d) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros do padroado.
- e) Financie en máis dun cincuenta por cento, no seu defecto, en maior medida a actividade desenvolvida pola fundación, tendo en conta tanto a achega do fondo patrimonial coma o financiamento concedido cada ano.
- f) Posúe a maior porcentaxe de participación no fondo patrimonial.

O feito de que participen na fundación entidades privadas sen ánimo de lucro non altera a adscrición conforme aos criterios mencionados.

O cambio de adscrición a unha administración pública, calquera que for a súa causa, levará consigo a modificación dos estatutos, que deberá realizarse nun prazo non superior a tres meses, contados dende o inicio do exercicio orzamentario seguinte a aquel en que se produciu o cambio de adscrición.

- Réxime xurídico

O réxime xurídico das fundacións do sector público estatal desenvólvese nos artigos 130, 131 e 132 da Lei 40/2015. O artigo 130 constrúe para as fundacións do sector público estatal un sistema de fontes similar ao das sociedades mercantís estatais, composto pola propia Lei 40/2015, a Lei de fundacións, a lexislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundacións e o ordenamento xurídico privado, salvo nas materias en que lles sexa de aplicación a normativa orzamentaria, contable, de control económico-financeiro e de contratación do sector público.

En materia de contratación, o artigo 131 da Lei 40/2015 limítase a remitirse á lexislación de contratos do sector público.

Pola súa banda, o artigo 132 introduce no seu apartado 1 a obriga de que as fundacións do sector público estatal, como as sociedades mercantís estatais, elaboren anualmente un orzamento de explotación e capital que se integrará co orzamento xeral do Estado, e engade que formularán e presentarán as súas contas de acordo cos principios e normas de contabilidade recollidos na adaptación do Plan Xeral de Contabilidade ás entidades sen fins lucrativos e disposicións que o desenvolven, así como na normativa vixente sobre fundacións. No demais, para o réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade, e de control faise unha remisión á Lei xeral orzamentaria e sométeselles ao control da Intervención Xeral da Administración do Estado.

Sobre o persoal destas fundacións, o artigo 132.3 recolle a mesma cláusula que aparece para o persoal das sociedades mercantís estatais no artigo 117.4 da Lei 40/2015; faise, polo tanto, unha remisión ao dereito laboral e ás normas que lle sexan de aplicación en función da súa adscrición ao sector público estatal, incluíndo entre estas a normativa orzamentaria, así como o que se estableza nas leis de orzamentos xerais do Estado. Chama a atención neste punto que non se recollese a previsión que aparecía no artigo 46.4 da Lei de fundacións, segundo a cal a selección do persoal deberá realizarse con suxeición aos principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade da correspondente convocatoria; non obstante estes principios son igualmente de aplicación por efecto da disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público.

- Creación

De acordo co artigo 133 da Lei 40/2015, tanto a creación *ex novo* da fundación do sector público estatal como a adquisición do devandito carácter de forma sobrevida esixen norma con rango de lei. A lei de creación deberá establecer os fins da fundación e, se é o caso, os recursos económicos dos que se dota.

O anteproxecto de lei de creación haberá de ir acompañado dunha proposta de estatutos e do plan de actuación, este último co contido previsto para o dos organismos públicos polo artigo 92 da Lei 40/2015. Esta último precepto, como xa se dixo, converte a este documento nunha combinación de memoria xustificativa e de plan de actuación en sentido propio. Así mesmo, o anteproxecto necesita o informe preceptivo favorable do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ou da Intervención Xeral da Administración do Estado, segundo se determine regulamentariamente.

O artigo 133 non detalla o contido mínimo dos estatutos da fundacións do sector público estatal, polo que neste punto serán de aplicación as previsións xerais do artigo 11.1 da Lei de fundacións, aínda que si esixe que neles se determine o ministerio que vaia exercer o protectorado, sen prexuízo da posibilidade de modificalo con posterioridade por acordo do Consello de Ministros sen necesidade de modificar os estatutos. Hai que recordar que o artigo 129.1 da Lei 40/2015 esixe que tamén que conste nos estatutos a Administración pública á que vai quedar adscrita a fundación e que se se modifica será preceptiva a reforma estatutaria. A aprobación dos estatutos compételle ao Consello de Ministros, a proposta conxunta do titular do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas e do ministerio que exerza o protectorado.

- *Protectorado*

Sobre o protectorado das fundacións do sector público, o artigo 134 da Lei 40/2015, que ten carácter básico, sinala que será exercido polo órgano da Administración de adscrición que teña atribuída tal competencia, o cal velará polo cumprimento das obrigas establecidas na normativa sobre fundacións, sen prexuízo do control de eficacia e a supervisión continua ao que están sometidas de acordo co previsto con carácter xeral para todas as entidades do sector público pola propia Lei 40/2015.

No caso das fundacións do sector público estatal, o artigo 135 da Lei 40/2015 impón que a maioría de membros do padroado serán designados polos suxeitos do sector público

estatal, e engade a cláusula igualmente prevista para o consello de administración das sociedades mercantís estatais e para a liquidación doutras entidades de que a responsabilidade que lles corresponda aos empregados públicos como membros do padroado será directamente asumida pola Administración xeral do Estado ou pola entidade que o designase, sen prexuízo da posibilidade de que a Administración xeral do Estado esixa de oficio a responsabilidade en que aqueles incorresen polos danos e perdas causados nos seus bens ou dereitos cando concorra dolo, ou culpa ou negligencia graves.

- Fusión, disolución, liquidación e extinción

Finalmente, o artigo 136 da Lei 40/2015 remítese ao réxime de fusión, disolución, liquidación e extinción previstos nos artigos 94, 96 e 97 desta para os organismos públicos estatais.

III. OS CONSORCIOS

O capítulo VI do título II da Lei 40/2015 presenta a particularidade de que ten carácter básico practicamente na súa totalidade. Iso débese á propia natureza dos consorcios como entidades interadministrativas. O seu contido integra e derroga o do artigo 87 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e a disposición adicional vixésima que a Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sostibilidade da Administración local, introduciu naquela, así como o dos artigos 12, 13, 14 e 15.3 da Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e outras medidas de reforma administrativa, engadindo disposicións novas que completan e acaban de perfilar o réxime xurídico destas entidades.

- Definición legal

O artigo 118 da Lei 40/2015 define os consorcios como entidades de dereito público, con personalidade xurídica propia e diferenciada, creadas por varias administracións públicas ou entidades integrantes do sector público institucional, entre si ou con participación de entidades privadas, para o desenvolvemento de actividades de interese común a todas elas dentro do ámbito das súas competencias.

Esta definición mantén os trazos tradicionais dos consorcios no noso ordenamento xurídico; nova é, en cambio, a enunciación aberta das actividades que os consorcios poden realizar recollida no apartado 2 do artigo e que se inspira nas que a propia Lei

40/2015 prevé para os organismos públicos estatais: actividades de fomento, prestacionais ou de xestión común de servizos públicos, e cantas outras estean previstas nas leis.

O artigo 118.3 xeneraliza o que dispoñía o artigo 87.2 da Lei de bases do réxime local, considerando a posibilidade de utilizar os consorcios para a xestión de servizos públicos no marco dos convenios de cooperación transfronteiriza nos que participen as administracións españolas.

Por último, o artigo 118 remata coa previsión no seu apartado 4 de que na denominación dos consorcios debe figurar a indicación "consorcio" ou a súa abreviatura "C".

- Réxime xurídico xeral

O artigo 119 da Lei 40/2015 menciona como normativa de aplicación prioritaria aos consorcios, a propia Lei 40/2015, a normativa autonómica de desenvolvemento e os estatutos de cada consorcio. Como normativa supletoria, aplicable só en materia de dereito de separación, disolución, liquidación e extinción, faise referencia ao previsto no *Código civil* para a sociedade civil, así como ao artigo 97 da Lei 40/2015 e ao texto refundido da Lei de sociedades de capital, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2010, do 2 de xullo, no que atinxe ao réxime de liquidación.

Un tanto desconcertante resulta o apartado 3 do artigo 119, que degrada a normativa de aplicación supletoria as disposicións da Lei de bases do réxime local e da Lei de racionalización e sostibilidade da Administración local sobre os consorcios locais, pois a Lei 40/2015 derroga expresamente o artigo 87 da primeira e a segunda apenas ten contido propio, ao ser unha lei de modificación doutras leis.

- Adscrición

O artigo 120 da Lei 40/2015 establece que os estatutos de cada consorcio determinarán a Administración pública á que este estará adscrito, de conformidade cos criterios enunciados no apartado 2 do precepto, que refiren á situación existente o primeiro día do exercicio orzamentario, fixando a adscrición do consorcio por todo ese período. De acordo con eses criterios, que se ordenan por prioridade na súa aplicación, os consorcios quedarán adscritos á Administración pública que:

a) Dispoña da maioría de votos nos órganos de goberno.

- b) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros dos órganos executivos.
- c) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros do persoal directivo.
- d) Dispoña dun maior control sobre a actividade do consorcio debido a unha normativa especial.
- e) Teña facultades para nomear ou destituír a maioría dos membros do órgano de goberno.
- f) Financie en máis dun cincuenta por cento, no seu defecto, en maior medida a actividade desenvolvida polo consorcio, tendo en conta tanto a achega do fondo patrimonial coma o financiamento concedido cada ano.
- g) Posúa a maior porcentaxe de participación no fondo patrimonial.
- h) Teña maior número de habitantes ou extensión territorial dependendo de se os fins definidos no estatuto están orientados á prestación de servizos ás persoas, ou ao desenvolvemento de actuacións sobre o territorio.

Así mesmo, precísase que este réxime de adscrición non cambia polo feito de que no consorcio participen entidades privadas, engadíndose que en tal caso se entenderá que aquel non ten ánimo de lucro.

Por último, dispónse que calquera cambio de adscrición dun consorcio leva consigo a modificación dos seus estatutos nun prazo non superior a seis meses, contados dende o inicio do exercicio orzamentario seguinte a aquel en que se produciu o cambio de adscrición.

- Persoal

En materia de persoal, o artigo 121 da Lei 40/2015 mantén a prohibición xeral, que no seu día estivo recollida o apartado 5 da disposición adicional vixésima da Lei 30/1992, de que os consorcios dispoñan de persoal propio, salvo excepcións autorizadas polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ou polo órgano competente da administración á que se adscriba a entidade.

- Réxime orzamentario, de contabilidade, control económico-financeiro e patrimonial

No que respecta ao réxime orzamentario, de contabilidade, de control económico-financeiro e patrimonial dos consorcios, o artigo 122 da Lei 40/2015 precisa que os consorcios quedan suxeitos ao réxime orzamentario, contable e de control da administración á que estean adscritos, e que, para os efectos de determinar o financiamento por parte das administracións que forman o consorcio, se terán en conta tanto os compromisos estatutarios ou convencionais existentes coma o financiamento real, mediante a análise dos desembolsos efectivos de todas as achegas realizadas.

Establécese tamén a obriga dunha auditoría das contas anuais a cargo do órgano de control da Administración de adscrición, así como a de que os consorcios se inclúan nos orzamentos e na conta xeral desta última, e incorpórase unha remisión ás normas patrimoniais da administración de adscrición.

- Creación

O artigo 123 da Lei 40/2015 establece co carácter de norma básica que a creación dos consorcios se levará a cabo mediante un convenio suscrito polas administracións, organismos públicos ou entidades participantes.

Ademais, para a creación daqueles nos que participe a Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos e entidades vinculados ou dependentes impóñense os seguintes requisitos formais: autorización da creación por lei e autorización previa do convenio de creación polo Consello de Ministros con informe preceptivo favorable do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

A competencia para subscribir o convenio, que se declara indelegable, atribúeselle ao titular do departamento ministerial participante ou, no ámbito dos organismos autónomos, ao titular do máximo órgano de dirección do organismo, logo dun informe do ministerio do que dependa ou ao que estea vinculado.

Tamén no caso dos consorcios nos que participe a Administración xeral do Estado ou as entidades do sector público institucional estatal, establécese que o convenio de creación incluírá os estatutos, un plan de actuación (como o de todas as demais entidades do sector público institucional estatal) e unha proxección orzamentaria trienal.

O convenio subscrito xunto cos estatutos, así como as súas modificacións, serán obxecto de publicación no *Boletín Oficial do Estado*.

- *Contido dos estatutos*

O contido mínimo dos estatutos dos consorcios recóllese no artigo 124 da Lei 40/2015:

- Administración pública á que estará adscrito o consorcio.
- Réxime orgánico, funcional e financeiro de acordo co previsto na Lei 40/2015,
- Sede, obxecto, fins e funcións.
- Identificación de participantes no consorcio así como as achegas dos seus membros. Para estes efectos, en aplicación do principio de responsabilidade previsto no artigo 8 da Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira os estatutos incluírán cláusulas que limiten as actividades do consorcio se as entidades que forman o consorcio incumprisen os compromisos de financiamento ou de calquera outro tipo, así como fórmulas tendentes a asegurar as cantidades comprometidas polas entidades que forman o consorcio con carácter previo á realización das actividades que se orzamentaron.
- Órganos de gobernos e administración, así como a súa composición e funcionamento, con indicación expresa do réxime de adopción de acordos. Poderán incluírse cláusulas que consideren a suspensión temporal do dereito de voto ou á participación na formación dos acordos cando as administracións ou entidades que forman o consorcio incumpran manifestamente as súas obrigas con este, especialmente no que se refire aos compromisos de financiamento das actividades deste.
- Causas de disolución.
- *Separación do consorcio*

O artigo 125 da Lei 40/2015 regula as causas e o procedemento para o exercicio do dereito de separación dos consorcios, e distingue segundo estes carezan de prazo determinado de duración ou si o teñan. No primeiro caso, existe un dereito de separación que se pode exercer libremente en calquera momento, mentres que no segundo é necesaria a concorrencia dunha causa xustificada, que se concreta no incumprimento por outro membro do consorcio dalgunha das súas obrigas estatutarias. Tamén se considera

causa xustificada de separación para os municipios o feito de que deixen de prestar un servizo que asumise o consorcio.

O exercicio do dereito á separación leva consigo, segundo o artigo 126, a disolución do consorcio, salvo que o resto dos membros deste acorden a continuidade do ente, para o cal é necesario que polo menos permanezan nel dúas administracións ou entidades vinculadas ou dependentes de máis dunha Administración. Nestes casos de continuidade dun consorcio tras a separación dun dos seus membros hai que calcular a cota de separación que corresponda a este último e que poderá ser positiva ou negativa. Se é positiva, a efectiva separación do consorcio producirase en canto se determine a cota; en cambio, se é negativa esperarase ao pagamento da débeda correspondente a esta, é dicir, non se lle permitirá ao membro que abandone o consorcio mentres non aboe a débeda. Por último, se a administración ou entidade que se separa do consorcio é aquela á que este se atopa adscrito, haberá que determinar a cal se adscribirá de entre as que permanezan no ente.

- Disolución

A disolución dos consorcios prodúcese pola concorrencia dalgunha das causas previstas estatutariamente, aínda que, de acordo co artigo 127.1 da Lei 40/2015, en todo caso se considera causa de disolución o cumprimento dos fins para os que fosen creados.

A disolución en principio dá lugar á liquidación e extinción da entidade, polo cal o máximo órgano de goberno, ao adoptar o acordo de disolución, terá que nomear como liquidador a un órgano ou entidade vinculada ou dependente da administración á que o consorcio estea adscrito. Neste punto prevese, exactamente igual que se fai para os casos de liquidación de organismos públicos e de sociedades mercantís estatais, que a responsabilidade que lles corresponda aos empregados públicos como membros da entidade ou órgano liquidador será asumida directamente pola administración ou entidade que os designase, sen prexuízo de que esta poida esixirlles de oficio a aqueles a dita responsabilidade cando concorran dolo, ou culpa ou negligencia graves. A principal tarefa do liquidador é calcular a cota de liquidación que corresponda a cada membro do consorcio, para o que se terá en conta o previsto nos estatutos e, en defecto de tal previsión, as regras que establece para o efecto o apartado 3 do artigo 127 da Lei

40/2015.

Finalmente, o apartado 5 deste artigo permítelles aos membros do consorcio acordar pola maioría establecida nos estatutos, ou a falta de previsión estatutaria por unanimidade, a cesión global de activos e pasivos outra entidade do sector público xuridicamente axeitada á finalidade de manter a continuidade da actividade e alcanzar os obxectivos do propio consorcio, en cuxo caso este se extingue sen liquidación.

IV. OS FONDOS SEN PERSONALIDADE XURÍDICA

Os fondos carentes de personalidade xurídica do sector público estatal aparecen mencionados entre as entidades do sector público institucional estatal no artigo 84.1.f) da Lei 40/2015. O capítulo VIII do título II da devandita lei contén unha regulación moi sucinta destes.

Así, o artigo 137.1 somete a súa creación a reserva de lei, de acordo coa tónica xeral aplicable ás entidades do sector público institucional estatal, debendo a norma de creación determinar de forma expresa a súa adscrición á Administración xeral do Estado. Pola contra, a extinción deslegalízase, e abonda unha norma de rango regulamentario. Igualmente, inclúese a regra de que na denominación destes fondos ten que figurar necesariamente a indicación "fondo carente de personalidade xurídica" ou a súa abreviatura "F. C. P. X".

O réxime xurídico aplicable a estes fondos configúrase no artigo 138 como integramente xurídico-administrativo (rexeranse pola propia Lei 40/2015, a súa norma de creación e o resto das normas do dereito administrativo). En materia de réxime orzamentario, de contabilidade e de control económico-financeiro faise unha remisión sen máis á Lei xeral orzamentaria.

V. AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO

O Tribunal Constitucional, na sentenza 76/1983 (caso LOAPA), referiuse por primeira vez ás corporacións de dereito público que integran a chamada Administración corporativa e que presentan unha heteroxeneidade notable. Máis tarde, ocupouse en particular das cámaras e dos colexios profesionais. Do dito no conxunto desa xurisprudencia pódese extraer a caracterización fundamental desas corporacións e, polo tanto, desa administración, implicitamente aludida no artigo 52 CE.

Trátase de entidades privadas, sociais e non estatais –chámaas nalguna ocasión o Tribunal Constitucional–, que terán como función propia a prestación de servizos aos seus membros e a representación e defensa dos seus intereses económicos e corporativos, pero que, ao mesmo tempo, teñen unha dimensión pública, pois a súa constitución se impón polo poder público, a diferenza do que acontece coa creación das asociacións nadas ao abeiro do artigo 22 CE e da Lei orgánica 1/2002, do 22 de marzo, reguladora do dereito de asociación. Atribúeselles o carácter de órganos de consulta e colaboración coa Administración do Estado e as comunidades autónomas, sométeas á tutela administrativa destas últimas e recoñéceselles a posibilidade de que teñan competencias administrativas por atribución legal ou por delegación das administracións públicas.

En consecuencia, pode afirmarse que, aínda que orientadas primordialmente á consecución de fins privados, propios dos membros que as integran, tales corporacións participan da natureza das administracións públicas e, neste sentido, a constitución dos seus órganos así como a súa actividade nos limitados aspectos en que realizan funcións administrativas deben entenderse suxeitas ás bases que con respecto ás devanditas corporacións dite o Estado no exercicio das competencias que lles recoñece o artigo 149.1.18 da CE.

Os seus membros comparten o exercicio dunha profesión ou desenvolven unha actividade económica común e a condición de membro adquirese obrigatoriamente por imposición da lei, para así garantir o correcto cumprimento dos fins públicos que se lle atribúen. Estas entidades teñen autonomía organizativa, debendo respectar a esixencia constitucional de que a súa organización e funcionamento deben ser democráticos (artigo 52), como acontece con outras asociacións, colexios profesionais (artigo 36); partidos (artigo 6); organizacións empresariais e sindicatos (artigo 7). Teñen as súas propias normas e gozan autonomía financeira.

A Administración corporativa integra corporacións moi heteroxéneas. Algunhas representan intereses económicos (cámaras, confrarías de pescadores, comunidades de regadores); outras, como os colexios profesionais, defenden intereses profesionais xunto a intereses particulares dos seus membros; e, en fin, outras cumpren fins sociais, como é a ONCE ou as federacións deportivas. É xeral a todas elas a dimensión pública da súa actividade e a colaboración coas administracións públicas para a prestación de fins e

servizos públicos, ou a satisfacción de dereitos.

VI. OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL

1. OS COLEXIOS PROFESIONAIS

- Fundamento constitucional

A CE dedícalles aos colexios profesionais o artigo 36, o que, sen dúbida, é boa proba da súa importancia e da súa especificidade como asociación: "a lei regulará as peculiaridades do réxime xurídico dos colexios profesionais e o exercicio das profesións tituladas. A estrutura interna e o funcionamento dos colexios deberán ser democráticos".

O Tribunal Constitucional ocupouse en distintas sentenzas dos colexios profesionais. Dende o punto de vista constitucional, a cuestión máis relevante sobre os colexios é a que lle afecta ao encaixe da obrigatoriedade da colexiación co dereito fundamental de asociación (artigo 22 CE), cuxo contido esencial é a liberdade de asociarse e a de abandonar libremente a asociación.

O Tribunal Constitucional (sentenzas 88/1989, 5/1996 e 76/2003 e auto 5/1996, entre outras) veu a establecer que do ordenamento xurídico español se desprende que os colexios non son unhas asociacións comúns, senón que reúnen características que as fan merecedoras dun tratamento singular. Non son asociacións privadas, senón que pertencen ao tipo de corporacións que cumpren ao mesmo tempo funcións privadas que se condensan na defensa de intereses, e funcións públicas que se orixinan na natureza dos servizos que os profesionais colexiados realizan. Os colexios agrupan profesionais que desempeñan tarefas das que dependen dereitos dos cidadáns e servizos públicos de tanta importancia como a saúde, a tutela xudicial efectiva, a vivenda, a seguridade das infraestruturas públicas, entre outras cousas. Son contidos que esixen unha intervención garantizadora do Estado, a quen por ese alcance público das profesións colexiadas lle corresponde tamén a expedición do título que habilita para o exercicio da profesión, cuxa realización delega nos colexios.

Todo isto é o que explica que o Tribunal Constitucional entendese que a CE nin impón nin exclúe a obrigatoriedade da colexiación, senón que lle remite ao lexislador a decisión. E iso por non se tratar dunha asociación privada sometida como outras ao artigo 22 CE. A

CE límitase a impoñerlle ao lexislador que regule a obriga dos colexios de que a estrutura interna e o funcionamento dos colexios deban ser democráticos.

- Definición legal e funcións

Veremos, a continuación, os contidos máis relevantes da normativa sobre colexios contida na Lei 2/1974, do 13 de febreiro, sobre colexios profesionais, varias veces modificada, e na Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre libre acceso ás actividades de servizo (Lei ómnibus), cuxo artigo 5 modificou aspectos substanciais da normativa anterior.

A Lei 2/1974 define os colexios profesionais como corporacións de dereito público, amparadas pola lei e recoñecidas polo Estado, con personalidade xurídica propia e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins que, tras as modificacións introducidas pola Lei ómnibus no seu artigo 5, son esencialmente a ordenación do exercicio das profesións, a representación institucional exclusiva destas cando estean suxeitas a colexiación obrigatoria, a defensa dos intereses profesionais dos colexiados e a protección dos intereses dos consumidores e usuarios dos servizos dos seus colexiados, todo iso sen prexuízo da competencia da Administración pública por razón da relación funcionarial.

A Lei 5/2012, do 6 de xullo, de mediación en asuntos civís e mercantís, modifica o artigo 5, letra ñ), para atribuír como función dos colexios impulsar e desenvolver a mediación, así como desempeñar funcións de arbitraje, nacional e internacional, de conformidade co establecido na lexislación vixente.

- Colexiación

Polo que se refire á colexiación, a Lei ómnibus modifica a Lei 2/1974 e deixa establecido o esencial da súa regulación nos seguintes termos:

1. Quen teña a titulación requirida e reúna as condicións sinaladas estatutariamente terá dereito a ser admitido no colexio profesional que corresponda.
2. Será requisito indispensable para o exercicio das profesións atoparse incorporado ao colexio profesional correspondente cando así o estableza unha lei estatal.
3. Cando unha profesión se organice por colexios territoriais, abondará a incorporación a un só deles, que será o do domicilio profesional único ou principal, para exercer en todo o

territorio español.

4. No caso de desprazamento temporal dun profesional doutro Estado membro da Unión Europea, estarase ao disposto na normativa vixente en aplicación do dereito comunitario relativa ao recoñecemento de cualificacións.

A Lei 25/2009 establecía dúas previsións transitorias que deben ser destacadas pola súa existencia actual:

"Disposición transitoria terceira. Vixencia da esixencia de visado colexial

No prazo máximo de catro meses dende a entrada en vigor desta lei, o Goberno aprobará un real decreto que estableza os visados que serán esixibles de acordo co previsto no artigo 13 da Lei 2/1974, do 13 de febreiro, sobre colexios profesionais.

Ata a entrada en vigor da norma prevista no parágrafo anterior, a esixencia de visado rexerase pola normativa vixente".

"Disposición transitoria cuarta. Vixencia das obrigas de colexiación

No prazo máximo de doce meses dende a entrada en vigor desta lei, o Goberno, logo de consulta ás comunidades autónomas, remitiralles ás Cortes Xerais un proxecto de lei que determine as profesións para cuxo exercicio é obrigatoria a colexiación.

O devandito proxecto deberá prever a continuidade da obriga de colexiación naqueles casos e supostos de exercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control do exercicio profesional para a mellor defensa dos destinatarios dos servizos e naquelas actividades en que poidan verse afectadas, de xeito grave e directo, materias de especial interese público, como poden ser a protección da saúde e da integridade física ou da seguridade persoal ou xurídica das persoas físicas".

En materia de atención aos cidadáns e aos colexiados, o artigo 10 da Lei sobre colexios profesionais, modificada pola Lei 25/2009, introduce o principio de xanela única e o artigo 12, a obriga de establecer novas canles de comunicación e de recepción de queixas e suxestións.

A Lei 25/2009 engadiu tamén no artigo 14 da Lei sobre colexios profesionais a prohibición de establecemento de honorarios por parte destes, salvo no caso previsto pola súa disposición adicional cuarta. Esta establece que os colexios poderán elaborar criterios

orientativos para os exclusivos efectos da taxación de custas e da xura de contas dos avogados. Os devanditos criterios serán igualmente válidos para o cálculo de honorarios e dereitos que corresponden para os efectos de taxación de custas en asistencia xurídica gratuíta.

2. AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN

- Fundamento constitucional e normativa aplicable

A CE non menciona explicitamente as cámaras de comercio, industria e navegación, como fai cos colexios profesionais, pero deben entenderse incluídas no artigo 52: "A lei regulará as organizacións profesionais que contribúan á defensa dos intereses económicos que lles sexan propios. A súa estrutura interna e funcionamento deberán ser democráticos. "

A normativa estatal destas entidades está contida na actualidade na Lei 4/2014, do 1 de abril, básica das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación.

A Exposición de Motivos da Lei 4/2014 di que a nova regulación deriva da situación económica devida, que obrigou a introducir reformas normativas co fin principal e prioritario de poñer en marcha medidas eficientes de racionalización do gasto e fortalecemento e impulso da economía, en xeral, e en particular de crecemento da competitividade das nosas empresas mediante políticas de apoio á actividade comercial e empresarial. Destácase que as últimas reformas e, máis concretamente, as introducidas mediante o Real decreto-lei 13/2010, do 3 de decembro, de actuacións no ámbito fiscal, laboral e liberizadoras para fomentar o investimento e a creación de emprego, xa estableceron un sistema cameral de pertenza voluntaria e eliminación do recurso cameral permanente.

Convén recordar que o Tribunal Constitucional se ocupou das cámaras en varias ocasións para resolver o importante asunto do carácter, obrigatorio ou non, da pertenza ás cámaras dende a perspectiva do dereito fundamental de libre asociación. O alto Tribunal pronunciárase no sentido de que, non existindo unha imposición expresa na CE, lle corresponde ao lexislador decidir sobre a obrigatoriedade ou voluntariedade, sendo calquera das opcións constitucionalmente correcta.

A opción que acolle a Lei 4/2014 é establecer o principio xeral de pertenza de todas as empresas ás cámaras sen que diso se derive ningunha obriga económica, como despois

veremos.

- Definición legal e réxime xurídico

Entón, tras esa Lei 4/2014, as cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación son corporacións de dereito público con personalidade xurídica e plena capacidade de obrar para o cumprimento dos seus fins, que se configuran como órganos consultivos e de colaboración coas administracións públicas, sen menoscabo dos intereses privados que perseguen. A súa estrutura e funcionamento deberán ser democráticos.

Axustaranse ao disposto nesa Lei 4/2014 e ás normas de desenvolvemento que se diten pola Administración xeral do Estado ou polas comunidades autónomas con competencia na materia. Seralles de aplicación, con carácter supletorio, a lexislación referente á estrutura e funcionamento das administracións públicas en canto sexa conforme coa súa natureza e finalidades. A contratación e o réxime patrimonial rexeranse conforme ao dereito privado e habilitando un procedemento que garanta as condicións de publicidade, transparencia e non discriminación.

- Fins e funcións

As cámaras teñen como finalidade a representación, promoción e defensa dos intereses xerais do comercio, a industria, os servizos e a navegación, así como a prestación de servizos ás empresas que exerzan as indicadas actividades. Así mesmo, exercerán as competencias de carácter público que lles atribúe esa lei e as que lles poidan ser asignadas polas administracións públicas conforme aos instrumentos que establece o ordenamento xurídico. As actividades para desenvolver para o logro dos seus fins levaranse a cabo sen prexuízo da liberdade sindical e de asociación empresarial, das facultades de representación dos intereses dos empresarios que asuman este tipo de asociacións e das actuacións doutras organizacións sociais que legalmente se constitúan.

Recordamos que para a xurisprudencia as cámaras representan os intereses xerais de toda a actividade económica e empresarial e non dun determinado sector, asociación ou colectivo de empresas en función da súa dimensión, localización ou adscrición á cámara.

- Ámbito territorial

A Lei 4/2014 recolle que poderán existir cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e

navegación de ámbito autonómico, provincial e local, e, se é o caso, consellos de cámaras de conformidade co que estableza a lexislación autonómica de desenvolvemento, que poderá adecuar a demarcación territorial das cámaras á realidade económica e empresarial de cada comunidade autónoma, e poderán coexistir cámaras de distinto ámbito territorial. En calquera caso, e como mínimo, existirá unha cámara oficial de comercio, industria, servizos e navegación por provincia, sen prexuízo de que determinadas funcións e servizos poidan desempeñarse por outra cámara oficial de comercio, industria, servizos e navegación do ámbito territorial da comunidade autónoma de que se trate.

Outra novidade que achega a nova lei foi a creación da cámara Oficial de Comercio, Industria, Servizos e Navegación de España, que representará o conxunto das cámaras ante as diversas instancias estatais e internacionais e coordinará e impulsará as accións que lle afecten ao conxunto das cámaras españolas.

- Pertenza obrigatoria

Como se dixo, a opción que acolle a Lei 4/2014 é establecer o principio xeral de pertenza de todas as empresas ás cámaras sen que diso se derive ningunha obriga económica e por iso di que as persoas físicas ou xurídicas, nacionais ou estranxeiras, que exerzan actividades comerciais, industriais, de servizos ou navieiras en territorio nacional formarán parte das cámaras oficiais dentro de cuxa circunscrición teñan establecementos, delegacións ou axencias, sen que diso se desprenda ningunha obriga económica nin ningún tipo de carga administrativa, procedéndose á adscrición de oficio destas.

Para estes efectos, entenderase que unha persoa física ou xurídica exerce unha actividade comercial, industrial, de servizos ou de navegación cando por esta razón quede suxeita ao imposto de actividades económicas ou tributo que o substitúa no territorio correspondente do ámbito das cámaras de comercio, industria, servizos e navegación.

BIBLIOGRAFÍA

Fanlo Loras, A. *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales: la Administración corporativa en la jurisprudencia constitucional* Civitas, 1.^a ed., Madrid , 1992.

Fernández Rodríguez, T. R. "Cámaras de Comercio y "jacobinismo" constitucional: (nota sobre la sentencia constitucional de 16 de junio de 1994)", en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, n.º 85, 1995).

Gálvez Montes, J. "Artículo 52" en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 3.ª ed., Madrid, 2001.

Herrero de Miñón, M. "Organizaciones profesionales de defensa de los intereses económicos" artículo 52 en *Comentarios a la Constitución española de 1978* / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa y Cortes Generales, t. IV, Madrid, 1996.

Martín-Retortillo, S. "Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, n.º 90, 1996

Alli Turrillas, J. C. *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TEMA 14

A DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DO PODER DO ESTADO. OS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. O ESTADO DAS AUTONOMÍAS. A SÚA REGULACIÓN NA CONSTITUCIÓN. OS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

TEMA 14. A DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DO PODER DO ESTADO. OS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. O ESTADO DAS AUTONOMÍAS. A SÚA REGULACIÓN NA CONSTITUCIÓN. OS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

A DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DO PODER DO ESTADO. OS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES.

Cando a vixencia do principio de xerarquía non se produce na relación entre dous sistemas xurídicos e, polo tanto, é posible establecer un criterio claro que aclare a relación entre dous ordenamentos, é cando nos encontramos ante a existencia dun ordenamento xurídico cuxa validez é defendible por si mesma e diferenciadamente doutras. Como se poderá comprobar, cando se estuden os distintos modelos de distribución territorial, a existencia dun sistema propio de fontes do dereito manifesta, como ningún outro criterio, a presenza dun ordenamento xurídico diferenciado e separado dos demais. Nesta orde de cousas, nunhas sociedades complexas como as propias deste século XXI, ningún ordenamento xurídico se pode postular como compartimento independente xa que, aínda recoñecendo a súa diferenciación, van xurdir de forma necesaria procedementos de colaboración entre eles.

Os autores da teoría institucionalista do dereito suscitan distintas clases de ordenamentos no relativo ao poder estatal. Falan de institucións xurídicas orixinarias para referir aquelas nas que o ordenamento xurídico se concreta e que contan cun carácter independente ao ter sido constituídas *motu proprio* e sen dependencia doutras institucións. Por outra parte, distinguen institucións derivadas establecidas no tocante ao seu ordenamento xurídico por outras institucións, que por este motivo teñen un carácter superior respecto da institución derivada á que cabe cualificar como subordinada. Finalmente, existen categorías intermedias referidas a institucións públicas cuxo ordenamento xurídico pode ser cualificado parcialmente como orixinario e como derivado, fórmulas de carácter complexo que non se acostuman adaptar ben á ordenación xurídica dos estados nacionais.

Outro criterio clasificatorio subliña a importancia das institucións complexas que a diferenza das denominadas institucións simples teñen como carácter distintivo a diversa subordinación dos entes menores respecto da institución na que están comprendidas e

tamén que a localización da institución maior presupón a existencia dos ordenamentos xurídicos das institucións menores. Exemplifícase esta situación cando se fala da comunidade xurídica creada nas Nacións Unidas, xa que presupón a existencia dos distintos ordenamentos estatais que a compoñen.

O Tribunal constitucional español no FX 5º da Sentenza 32/1981, do 28 de xullo, explicou no concreto contexto do noso ordenamento esta problemática da relación entre institucións xurídicas. En efecto, o Tribunal di que o termo Estado designa:

- Unhas veces, a totalidade da organización xurídico-política da nación española incluíndo as organizacións propias das nacionalidades e rexións que a integran e a doutros entes territoriais dotados dun grao inferior de autonomía.
- Noutras ocasións, e o Tribunal cita expresamente os artigos 3.1, 149 e 150 da Constitución, por Estado enténdese tan só o conxunto das institucións xerais ou centrais e os seus órganos periféricos desconcentrados. Neste segundo caso, estanse contraponendo estas institucións ás propias das comunidades autónomas e outros entes territoriais autónomos.

O Tribunal Constitucional remarca que a citada dicotomía, aínda que pode crear certos equívocos, non debe facer esquecer, no entanto, o carácter da Constitución como norma suprema do Estado como totalidade e, por iso, os seus principios obrigan igual a todos os suxeitos que forman parte desa totalidade.

A doutrina constitucional acostuma describir algunhas clases de integración política territorial que non son cualificables de formas estatais, pero que si constatan a existencia dun poder político relevante.

Deste modo e partindo da existencia do monarca como xefe do Estado, hai que referir a existencia histórica de integracións parciais de varios reinos. Obviamente trátase dunha modalidade de ordenamento residual hoxe en día que, ademais, suscitou o problema de como o titular do Estado debía adaptar a súa conduta aos diferentes sistemas xurídicos segundo o país ao cal se dirixir dentro desa denominada “unión persoal”.

Máis importancia práctica e actual ten a fórmula confederacional. Sobre a base dunhas competencias concretas e taxativamente establecidas, varios estados independentes

deciden que estas sexan levadas a cabo de forma conxunta por todos eles. Recordando a BODINO, observamos que as competencias que se acostuman exercer en común son as que este autor identificou como propias da soberanía, a saber: a defensa exterior común, o sistema monetario ou as relacións internacionais. Á marxe deste *numerus clausus* as restantes atribucións dos estados seguen exercéndose individualmente. Para perfilar mellor os caracteres da confederación hai que ter conta que a súa base é propia do *ius gentium*, este é un tratado internacional e por iso o ente confederación non se configura como un suxeito de dereito internacional, como ocorre no caso do Estado federal, onde é a federación a que se relaciona cos demais estados soberanos.

Desde o punto de vista do funcionamento, sublíñase que a confederación exerce as súas competencias a través dun órgano colexiado, que acostuma denominarse dieta, que está formado por representantes dos distintos estados que responden ás instrucións deste e que adoptan os seus acordos unanimemente ou mediante maiorías moi reforzadas. Este réxime xurídico transmítenos unha vez máis a idea de que as relacións entre os estados que forman a confederación están sometidas ao dereito internacional tradicional.

A importancia práctica que desde 1951 ten en Europa a actual Unión Europea leva a que a creación entre diversos estados de aparatos institucionais e fontes do dereito específico para conseguir políticas públicas determinadas, sexa unha das formas de integración estatal de maior actualidade. Deste modo, podemos comprobar que estes fenómenos supraestatais son cada vez máis abundantes en ámbitos rexionais de varios continentes.

Deixando de lado estes fenómenos singulares de instrumentación da soberanía, hoxe en día hai que distinguir fundamentalmente entre a idea dun Estado centralizado no exercicio do seu poder, o tradicionalmente denominado Estado unitario, daqueloutros descentralizados politicamente e que inclúen varias organizacións territoriais dotadas de poder político.

A figura unitaria pódese conciliar con fenómenos que o Tribunal Constitucional en España identifica como propios das provincias e municipios, isto é, unha descentralización administrativa. Cualitativamente este fenómeno non é asimilable á existencia de autonomía lexislativa recoñecida constitucionalmente en relación cos Estados

politicamente descentralizados.

Apreciamos entón que o termo Estado, como sinaliei anteriormente, que así figura na doutrina do Tribunal Constitucional é equívoco, xa que pode dar a entender unha institución integrada por partes cando obviamente o Estado supera ese fenómeno fragmentario, xa que de por si é algo cualitativamente superior que unha suma dos ordenamentos territoriais que o integran. En todo caso, existen variantes ben relevantes dentro dos denominados Estados compostos, ben que a figura estrela dentro deles é, sen dúbida, o Estado federal.

Cando varios Estados se integran entre si e integran un novo englobador, a doutrina tradicional fala da constitución dun Estado federal. Segundo estas ideas, os que se integran non perden o seu carácter estatal e manteñen ese carácter en canto elementos da federación. O que si se produce nestes casos é a perda de personalidade xurídica internacional que se atribúe a partir dese momento ao Estado federal creado.

Como se pode comprobar, esta construción teórica resulta de difícil adaptación a cada un dos procesos históricos de formación dos Estados federais e aínda moito máis nos casos nos que, como en España, a realidade se asimila a unha federación desde o punto de vista da praxe política pero non recibe esta cualificación nos documentos xurídico-constitucionais.

No fondo do nacemento dos Estados federais está a contraposición filosófica entre a unidade do ordenamento xurídico do Estado federal e o recoñecemento do dereito á autonomía dos Estados membros. A figura federal posibilitou que varios países e pobos se integrasen nun espazo unificado política, institucional e economicamente, obtendo grazas a iso un marco de convivencia do que non poderían gozar de maneira independente.

Por outra parte, o Estado federal supón de por si un respecto das singularidades dos territorios que se integran na federación e este fenómeno é particularmente interesante en dous supostos:

a) No caso de países como Canadá, Bélxica ou España, nos que as singularidades das comunidades que conviven son moi relevantes desde o punto de vista das culturas, linguas ou dereitos propios; e,

b) Nos supostos de entidades estatais con territorios xigantescos (Brasil, Arxentina ou México) de difícil goberno a partir de esquemas centralistas tradicionais.

O miolo do funcionamento do Estado federal é o que se refire ao exercicio das competencias; cando analizamos os ordenamentos dos Estados federais vemos que existen moitas modalidades de distribución aínda que a presenza de certas atribucións exclusivas para a federación é unha constante. Unha vez máis, as ideas tradicionais de BODINO, á hora de delimitar as atribucións propias do Estado, aparecen de novo cando examinamos as listaxes competenciais do Estado central (por exemplo, nos primeiros números do artigo 149 da Constitución española).

Sen afondar en debates teóricos, si convén dar conta das principais explicacións que se deron en relación coa natureza xurídica dos Estados federais. Estas explicacións son debedoras en gran medida do concepto previo que se teña da idea da soberanía estatal.

Autores que admiten unha concepción ampla da soberanía valoran o recoñecemento do carácter estatal tanto o Estado federal como os estados federados. Outros entenden que os que constitúen a federación serían os que contan coa natureza xurídica estatal mentres que o Estado federado se aproximaría máis a unha confederación coas notas distintivas explicadas supra.

Parte da doutrina alemá contradí estas ideas e subliña que o carácter soberano soamente é predicable na federación e que perden esta calidade os Estados que se integran nela. Esta opción fala de que federación e entes federados son Estados, mais pagan o prezo de excluír o carácter soberano en relación cos Estados que se integran na federación.

A existencia dunha soa figura xurídica estatal é un carácter que xuridicamente delimita o punto de partida da análise do modelo adoptado en España en relación á descentralización territorial do poder político. O dato de que os entes politicamente descentralizados estean dotados dunha competencia tradicionalmente reservada ao Estado, tal é o caso da atribución lexislativa, non lles dá no noso ámbito constitucional o carácter estatal ás comunidades autónomas. Estas ideas foron subliñadas por algúns autores para descartar a cualificación de federal para o noso Estado autonómico.

PULIDO QUECEDO remarca de igual maneira esta realidade ao subliñar a xurisprudencia constitucional en relación coa cláusula de supletoriedade do artigo 149.3. Este autor preséntaa como unha norma ordenadora da preferencia na aplicación das normas nun Estado composto. Traendo a colación o fundamento xurídico cuarto da Sentenza do Tribunal Constitucional 103/1989, do 8 de xuño, é fácil percibir que a concepción da cláusula de supletoriedade non é unha norma competencial senón unha norma ordenadora da preferencia na aplicación das disposicións xurídicas no Estado composto configurado pola Constitución.

Unha vez máis, é necesario precisar que en España é posible referirse ao Estado como integrador de todos os poderes e, polo tanto, nunha concepción ampla é, por outra parte, ao Estado como equiparado ao aparato central ou administración central deste, cun alcance notoriamente máis estrito.

A pedra de toque da natureza dunha norma é o seu procedemento de reforma. En España os estatutos de autonomía preséntanse como normas que non é posible reformar por vontade exclusiva dos poderes autonómicos. Na clasificación tradicional dos límites do poder de reforma estaríamos recoñecendo unha sorte de condicionantes heterónomos xa que o cambio do Estatuto autonómico debe contar coa participación de institucións decisivas fóra da autonomía.

Deixando de lado estas consideracións procedementais, é habitual recoñecer que o nivel de atribucións de competencias do Estado autonómico en España é moi semellante ao que se produce en ámbitos federais doutros países europeos. Por esta razón, tamén en España se incorporaron mecanismos de solución de conflitos que existen no contexto dos tribunais constitucionais doutros países de natureza federal.

O noso sistema autonómico presenta datos que o identifican notoriamente co tradicional Estado federal, xa que, ademais do mencionado mecanismo de resolución de conflitos, existe unha compartición no ámbito das funcións gobernamentais e, en definitiva, no plano da execución das políticas públicas. Estas referencias non son máis que a consecuencia do recoñecemento da existencia de varios ordenamentos xurídicos que derivan da autonomía lexislativa que nos seus respectivos ámbitos exercen os parlamentos central e autonómicos.

O ESTADO DAS AUTONOMÍAS. A SÚA REGULACIÓN NA CONSTITUCIÓN DE 1978.

A pluralidade na existencia de realidades sociolóxicas diferenciadas en España é algo que resulta innegable. Aínda que os autores que identifican o nacemento da realidade española temporalmente no final do reinado dos Reis Católicos coinciden en afirmar que a consideración dos sistemas xurídicos e formas de goberno das organizacións políticas previas é un orzamento fundamental para comprender a unidade política que se estaba creando.

Esta sensibilidade, que entrou en crise co ditado por parte de Felipe V dos decretos de nova planta, sufriu sucesivos embates coa dinastía dos Borbóns que, tal vez debedora da súa orixe francesa, teimou en levar a cabo un proceso centralizador no noso país.

Durante o nacemento do Estado constitucional español tendeu a establecer unha organización do territorio descoñecedora das realidades xurídico-políticas previas, intentando facer uniforme a división arredor de realidades máis ficticias como foron as provincias.

A principios do século XIX, a instauración da división provincial non trouxo consigo excesivos problemas de convivencia pero, máis adiante, fundamentalmente no que son hoxe as comunidades do País Vasco e Navarra, si xeraron friccións de releve que tiveron que ver esencialmente con aspectos referidos ao financiamento dos territorios forais e ao respecto das súas especialidades en materia de dereito privado.

Maior alcance tivo o xurdimento de movementos rexionalistas e nacionalistas nas hoxe comunidades autónomas de Galicia, País Vasco e Cataluña. A incorporación no plano político das sensibilidades culturais e as ansias de autogoberno destas comunidades trouxeron consigo distintos conflitos na súa relación co poder central. Estes datos están na base do proxecto de constitución da Primeira República Española que contaba cunha idea federal moi clara e que, como é ben sabido, non logrou consolidar a idea descentralizadora.

En 1931, o texto constitucional si logrou sacar adiante o nacemento de estruturas políticas capaces de materializar as demandas de autonomía existentes nas comunidades citadas. Deste modo, aprobáronse os estatutos de Cataluña, País Vasco e Galicia, ben que

este último soamente mediante plebiscito popular.

A Guerra Civil trouxo consigo a derogación dos documentos políticos autonómicos de tal maneira que incluso algunhas especialidades forais foron derogadas nos territorios de Guipúscoa e Biscaia. Paralelamente produciuse unha persecución de calquera manifestación de identidade cultural ou lingüística que a Segunda República admitise.

O proceso democrático iniciado en 1975 trae consigo a instauración dunha estrutura territorial de España que parte do recoñecemento máximo do valor autonómico e do que, co paso do tempo, será denominado como sistema de goberno multinivel. Nesta orde de cousas a autonomía política que recolle a Constitución supón o recoñecemento dunhas novas entidades, as comunidades autónomas, que se diferencian cualitativamente da autonomía administrativa que tamén se garante no ámbito das entidades locais.

O sistema autonómico, coñecido como Estado das autonomías, presenta algúns datos que foron criticados pero que non poden facer escurecer a validez do sistema no seu correcto funcionamento ao longo de todos estes anos. Desta maneira, acostuma criticarse que a Constitución de 1978 non cite expresamente cales son as comunidades que integran o mapa autonómico español. Esta crítica é facilmente superable se temos en conta a importancia que tiña o recoñecemento do principio dispositivo no texto constitucional, para que calquera suxeito territorial que o desexase se constituíse, logo de cumprimento dos requisitos establecidos na Constitución, en comunidade autónoma.

A outra crítica fundamental do modelo autonómico parte dunha comprensión férrea do principio de igualdade cando se defende a necesidade de que os teitos competencias de todas as comunidades autónomas sexan idénticos e ademais que todas elas se deban constituír no mesmo momento histórico. Deixando de lado que certas competencias soamente teñen sentido en relación coas peculiaridades dalgúns territorios (as lingüísticas ou as marítimas), tamén o principio dispositivo explica e xustifica a heteroxeneidade nos elencos competencias e nas pautas temporais do acceso á autonomía das distintas comunidades existentes.

O Estado das autonomías previsto na nosa Constitución é, ademais, un modelo que supera en virtudes o establecido pola Constitución da Segunda República, e iso desde unha perspectiva claramente autonomista, pois o núcleo do sistema que é o competencial

ten un alcance moito maior no caso da Constitución actualmente vixente que configura as comunidades, ademais dunha maneira moi respectuosa cos seus afáns identitarios e culturais.

O substrato ideolóxico que parece inspirar a Constitución de 1978 é intentar corrixir o centralismo de inspiración francesa que verteбра todas as constitucións españolas desde a de Cádiz de 1812. A Constitución de 1978 ofrece unha visión pesimista e negativa sobre case dous séculos de organización liberal do Estado e pretende dar unha alternativa de división territorial e distribución de poder inspirada na situación do absolutismo oitocentista preliberal.

Feitas estas consideracións históricas, hai que dicir que no contemporáneo Estado constitucional, segundo BALAGUER CALLEJÓN, é habitual recoñecer a existencia de tres tarefas básicas como definitorias da función fundadora ou fundacional do ordenamento a partir da adopción da Constitución como Norma superior e fundamental deste:

a) Establecer a lexitimación democrática de todo poder político.

b) Garantir fronte aos poderes públicos as posicións subxectivas dos individuos e dos grupos nos que estes se integran, e

c) Organizar o Estado, tanto estruturalmente (dimensión horizontal, relativa á posición e interrelación dos seus órganos) como territorialmente (dimensión vertical, relativa aos diversos niveis do poder territorial).

Pois ben, á luz dos resultados do seu traballo, parece evidente que as Cortes constituíntes españolas foron conscientes, desde o principio das súas posibilidades certas de ofrecer unha resposta satisfactoria ao primeiro e segundo desafíos enunciados – democracia e liberdades-, tal e como efectivamente sucedeu. Pero tamén foron conscientes da inviabilidade dunha solución completa ao terceiro, ao menos no relativo á redistribución territorial do poder. ARAGÓN REIS sinala que a actual forma territorial é a consecuencia dun longo e complexo proceso de construción.

De aí que, sen ningunha dúbida, a opción constitucional en favor dunha profunda reorganización territorial do Estado, a partir do recoñecemento dun amplo conxunto de posibilidades para acceder a distintos niveis de autogoberno aos territorios que nese

sentido expresasen a súa vontade, se incorpora ao capítulo máis orixinal e imaxinativo da Constitución de 1978. Un capítulo que, por certo, sendo criticado nos primeiros anos da súa experimentación como “inacabado” e “ambiguo”, aberto a desenvolvementos incertos e conflitivos –o cal invitou á doutrina a falar dunha “desconstitucionalización da estrutura do Estado”–, probou, co tempo, ser capaz de funcionar satisfactoriamente. Demostrou servir como plataforma xurídica para a transformación de España, desde a súa condición precedente como un dos Estados máis centralistas, nun dos Estados máis descentralizados do mundo, funcionalmente *federal*, aínda cando nominalmente (e nalgúns aspectos técnicos) non se cualifique así. Ata tal punto isto é así que o “modelo español” de redistribución territorial do poder foi estudado con interese na doutrina comparada, exportando ao exterior algunhas das claves do éxito co que permitiu conxugar en España diversidade e unidade.

Neste proceso é fácil observar un papel determinante do Tribunal Constitucional que deixa claro, en palabras de PULIDO QUECEDO, a interrelación inescindible entre a autonomía e a posibilidade de elaboración de políticas propias por parte das comunidades autónomas.

“...O artigo 149.1 da Constitución utiliza, para delimitar o ámbito reservado en exclusiva á competencia estatal, diversas técnicas, cuxa complexa tipoloxía non vén ao caso analizar en detalle. Salienta, no entanto, a diferenza, que aquí si é pertinente, entre a reserva de toda unha materia (v. gr. Relacións Internacionais, Defensa e Forzas Armadas, Administración de Xustiza, Facenda Xeral e Débeda do Estado, etc.) e a reserva de potestades concretas (sexa a lexislación básica, ou toda a lexislación sobre determinadas materias). No primeiro caso, a reserva estatal impide, non xa que unha comunidade autónoma poida asumir competencias sobre a materia reservada, senón tamén que poida orientar o seu autogoberno en razón dunha política propia respecto dela, aínda que poida participar na determinación de tal política en virtude da representación específica que as distintas comunidades teñen no Senado. Cando, polo contrario, a reserva estatal é soamente de certas potestades, correspondendo outras ás comunidades autónomas que desexen asumilas, estas, no exercicio da súa autonomía, poden orientar a súa acción de goberno en función dunha política propia sobre esa materia, aínda que en tal acción de

gobierno non poidan facer uso senón daquelas competencias que especificamente lle están atribuídas. Dentro delas está, sen dúbida, a necesaria para fixar a «organización, réxime e funcionamento das súas institucións de autogoberno» (artigo 10.2 E. V.)". (Fundamento xurídico 2 da STC 35/1982, do 14 de xuño).

Na medida en que o curso do ciclo constituínte, democracia, liberdade e autonomía (autogoberno territorial) se presentaron desde un principio como parte dun mesmo e único "paquete" –posto que se trataba de reaccionar contra o Franquismo, que fora o contrario: ditadura, represión e centralismo–, dar satisfacción ás vontades de autogoberno localizadas en certos fragmentos do territorio nacional, ao tempo que se creaban as pautas para unha operación descentralizadora de alcance máis xeral, pasou a ser o punto central dun proxecto autonómico que se articularía na Constitución.

O desafío consistía pois, en opinión de BALAGUER CALLEJÓN, en:

- integrar os vectores da diversidade e a unidade, a heteroxeneidade e a integración,
- asegurar a viabilidade dun Estado non centralista (posto que o centralismo era un antimodelo do que se fuxía) pero no que tivese cabida unha efectiva solidariedade interterritorial.

O título VIII CE ("Da organización territorial do Estado", artigos 137 a 158 CE) senta as bases para o tratamento de tan delicada cuestión, pero, polas razóns históricas e políticas aludidas, non podía solucionalo dunha maneira pechada. En todo caso, trátase, ao parecer de SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, duns principios moi importantes e capaces de impoñer limitacións á ampla apertura que sobre esta materia a Constitución prevé.

Como acaba de recordarse, ten que engadirse de inmediato que esta característica da nosa Constitución (a súa relativa "apertura" a desenvolvementos territoriais diversos, a súa renuncia a "pechar" no seu texto a articulación territorial do Estado, instaurando, no sentido contrario, unha pauta aberta que conduciría igual a un modelo relativamente aberto no que á Constitución territorial se refire) foi criticada ao principio por ambigua e inconcluente. Desde 1978, data na que se aprobou a Constitución, a valoración que merece é positiva: funcionou; foi alicerce para unha transformación sen precedentes e exportouse, incluso, como un modelo para ter en conta desde outras latitudes.

A clave que mellor explica este inesperado éxito reside na combinación do principio autonómico –enunciado, con carácter xeral, no artigo 2 (Título preliminar), e concretado despois en diversos artigos do título VIII- co que se denominou “principio dispositivo”. É esta unha opción constitucional esencial consistente en facer da autonomía unha facultade, unha dispoñibilidade do sistema, non unha imposición. Deste modo, o “principio dispositivo” pasa a ser definitorio:

- Das distintas modalidades de acceso a un determinado réxime de autogoberno territorializado.
- Da correlativa arquitectura institucional (a organización de cada comunidade autónoma) e da correspondente listaxe competencial asumida (o “teito” de cada comunidade autónoma).

Polo que se refire ao primeiro dos principios referidos, o artigo 2 di: “A Constitución fundaméntase na indisoluble unidade da Nación española, patria común e indivisible de todos os españois, e recoñece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións que a integran e a solidariedade entre todas elas.”

Este artigo debe ser estudado á luz da súa interpretación polo Tribunal Constitucional, como fixo PULIDO QUECEDO, en concreto, tendo en conta as seguintes afirmacións xurisprudenciais:

“...Dese modo, o Estado autonómico aséntase no principio fundamental de que a nosa Constitución fai residir a soberanía nacional no pobo español (artigo 1.2 da Constitución española), de maneira que aquela, como sinalamos no seu momento, «non é o resultado dun pacto entre instancias territoriais históricas que conserven uns dereitos anteriores á Constitución e superiores a ela, senón unha norma do poder constituínte que se impón con forza vinculante xeral no seu ámbito, sen que queden fóra dela situacións “históricas” anteriores» (STC 76/1988, do 26 de abril , F. 3).” (Fundamento xurídico 4 da Sentenza 247/2007, do 12 de decembro).

Pola súa parte, o título VIII comeza por afirmar (artigo 137 da Constitución española): “O Estado organízase territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión

dos seus respectivos intereses”.

O Estado autonómico español non cadra de forma exacta en ningún dos patróns. Pero non “por defecto” (por non chegar a un ou outro), como se podería pensar, senón máis ben “por exceso”, pola súa potencial versatilidade e flexibilidade fronte a uns desenvolvementos que poden levalo “tan lonxe” como calquera federalismo.

Case resulta innecesario anticipar que o carácter relativamente “aberto” do Estado autonómico habería de conducir –e así foi- a unha gran potenciación do papel do Tribunal Constitucional na iluminación das claves e principios articuladores do sistema no curso mesmo da súa construción, especialmente como recordou FERNÁNDEZ FARRERES ao entender de conflitos competencias Estado/CCAA, moi numerosos durante os anos inaugurais do modelo (1983-1988).

O artigo 147 CE senta as bases normativas para esa “construción xurídica” de toda comunidade autónoma, ao preceptuar que cada unha se fundará nun estatuto de autonomía (EA), que será, de acordo coa súa definición constitucional, a “Norma institucional básica de cada comunidade autónoma”. Cada Estatuto de autonomía será sempre adoptado –e reformado- por lei orgánica aprobada polas Cortes Xerais (artigos 147.3 e 151.2 CE).

De acordo co artigo 147.2 CE, cada EA debe ter, ademais, un contido material mínimo:

- a) a denominación de CA que mellor se corresponda coa súa identidade histórica;
- b) a delimitación do seu territorio;
- c) a denominación, sede e organización das súas institucións de autogoberno;

d) as competencias a asumir e as bases para o traspaso dos servizos correspondentes a estas. Pola súa parte, o artigo 147.3 CE prescribe, como se observou, que cada EA soamente poderá ser reformado de acordo co procedemento previsto no seu propio texto.

Pola súa parte, os artigos 143 a 146, 151 e 152 CE van establecer, en principio, dúas modalidades procedementais (dous procedementos) de acceso á autonomía. Un deles representaría o “modelo común” ou “ordinario” (artigo 143) e outro o “extraordinario” polo

seu especial nivel de dificultade (artigo 151 CE).

Só para as CCAA instituídas polo 151, o artigo 152 prevía desde un principio un edificio institucional de determinadas características. En cambio, para as demais CCAA, as do artigo 143 CE, a imprecisión constitucional ía ser –en principio, subliñamos de novo– moi notoria: non se prevía expresamente cal sería o edificio institucional para estas.

Como recorda PULIDO QUECEDO, o Tribunal Constitucional interpretou o alcance da iniciativa autonómica e do denominado principio dispositivo desde o momento das súas decisións iniciais:

“...Como consecuencia, e en virtude das disposicións constitucionais, o acceso á autonomía das nacionalidades e rexións produciuse por vías diversas e configurouse en formas moi distintas dun caso a outro. Iso, non obstante e sen prexuízo da marxe deixada ás peculiaridades e características de cada nacionalidade ou rexión, a CE contén unha serie de preceptos e disposicións referentes á ordenación deste proceso de reestruturación territorial do Estado, dos que se exclúe o principio dispositivo, fixando normas ás que os entes autonómicos así creados se deben ater. Estes preceptos encóntranse ao longo de todo o texto constitucional e refírense a unha multiplicidade de temas...” (Fundamento xurídico 2 da STC 16/1984, do 6 de febreiro).

Xunto ás previsións constitucionais estudadas ata aquí, aínda se deben estudar outras cláusulas constitucionais revestidas de importancia de cara á ulterior definición do noso Estado autonómico e a súa correcta comprensión:

a) dun lado, en canto á modalidade de acceso, deben ser estudadas as tres previsións do artigo 144 e algunhas disposicións transitorias da Constitución;

b) doutro, en canto ás competencias, teñen que terse en conta as tres previsións do artigo 150 CE; c) finalmente, en canto á ordenación das especialidades dalgunhas CCAA, deben considerarse as disposicións adicionais 1.^a e 3.^a CE.

Existen outras cláusulas constitucionais para a definición do Estado autonómico.

- Por un primeiro lado, o artigo 144 CE prevé tres modalidades de contribución unilateral do lexislador do Estado ao “peche” do mapa autonómico. En todas elas se exige, como requisito, a apreciación polas Cortes Xerais de razóns de “interese

nacional" que así o aconsellen.

- No artigo 144.a) contense a posibilidade de adoptar por lei orgánica un EA para unha provincia á que non se recoñeza "entidade rexional histórica": ese foi, na práctica, o caso da CA de Madrid.
- No artigo 144.b) prevese a posibilidade de "autorizar e acordar" un EA a territorios non integrados na organización provincial (tal foi o caso das LLOO 1 e 2/1995, de EA para as cidades de Ceuta e Melilla).
- No artigo 144.c) prevese a posibilidade de "substituír a iniciativa" (en caso de que esta fallase) das corporacións locais descrita no artigo 143 co obxecto de permitir a integración dun territorio nunha CA: este procedemento utilizouse:
 1. Para reintegrar a provincia de Almería ao proceso andaluz pola vía do artigo 151 (mediante a LO 13/1980, do 16 de decembro).
 2. Para incorporar Segovia ao proceso castelán-leonés pola vía do artigo 143 CE (mediante a LO 5/1983, do 1 de marzo).
- Pola súa parte, tamén as disposicións transitorias 1ª, 2ª, 4ª e 5ª CE prevén especialidades procedementais, de utilización dispositiva, para a regulación do acceso á autonomía de certos territorios. Conforme a súa natureza dispositiva ou voluntaria:
 - Tanto a disposición transitoria 1ª como, sobre todo, a disposición transitoria 2ª, foron exercidas na práctica.
 - Polo contrario, nin a disposición transitoria 4ª (relativa á incorporación de Navarra á CA do País Vasco) nin a disposición transitoria 5ª (en relación con Ceuta e Melilla) tiveron nunca realización práctica.

Pola súa parte, o artigo 150 CE prevé tres modalidades de integración normativa do "bloque de constitucionalidade" xunto á propia CE e os EEAA: a) as leis marco (artigo 150.1); b) as leis orgánicas de transferencia ou delegación de competencias do Estado (artigo 160.2); as leis de harmonización (artigo 150.3).

BALAGUER CALLEJÓN advirte que a utilización sucesiva da técnica competencial do artigo 150.2 CE (as leis orgánicas de transferencia ou delegación) permitiu outras tantas

"redefinicións" da orde competencial entre o Estado e a comunidade autónoma de que se trate. Esta técnica serviu, entre outros obxectivos:

- para permitir que dous CCAA do artigo 143 CE (a Canaria e a Valenciana, por medio das LLOO 11 e 12/1982, respectivamente) nacesen, no seu momento, cunhas competencias ampliadas ata extremos análogos ás do artigo 151 CE;
- para posibilitar que 10 CCAA do 143 puidesen –de conformidade cos segundos grandes acordos autonómicos ata a data: os pactos autonómicos Goberno-PSOE-PP do 28 de febreiro de 1992– ampliasen as súas competencias ata a súa "equiparación substantiva" coas do artigo 151 CE.

Existen, por último, diversas normas que foron sacadas do articulado do título VIII referidas á determinación das diferentes vías de acceso á autonomía e na definición das institucións e "teitos" competenciais das CCAA.

a) Así, en primeiro lugar, a disposición adicional 1ª subliña que a Constitución "ampara e respecta os dereitos históricos dos territorios forais", e que a súa actualización deberá ter lugar, se é o caso, no marco da Constitución e dos estatutos de autonomía.

b) Pola mesma razón constitucional (a proxección da cláusula dos "dereitos históricos" da disp. adic. 1ª CE), a configuración xurídica das CCAA do País Vasco e Navarra ("territorios forais" con "dereitos históricos") presenta singularidades de gran calado nos tres planos de análise habituais para o estudo do réxime de toda CA:

- i) institucional (pola existencia, en cada un destes territorios forais, das respectivas xuntas xerais, ou Parlamento foral, e das deputacións forais como órgano de goberno);
 - ii) competencial (pola titularidade de competencias singulares, herdadas de antigos réximes históricos), e
 - iii) o máis importante: financeiro e tributario (pola existencia de réximes especiais de autonomía tributaria e fiscal).
- c) Finalmente, pola súa parte, a disposición adicional 3ª preocúpase de recibir o "réxime económico fiscal" especial de Canarias.

A cuestión da natureza do modelo autonómico foi obxecto de fondas discusións entre os autores en España, e a Sentenza do Tribunal constitucional de xuño de 2010 en relación co Estatuto de Cataluña achegou un factor máis para o debate cando, en relación co valor interpretativo de certas afirmacións contidas na Exposición de motivos do seu texto, mantén que:

“...En atención ao sentido terminante do artigo 2 CE ha quedar, pois, desprovista de alcance xurídico interpretativo a referida mención do preámbulo á realidade nacional de Cataluña e á declaración do Parlamento de Cataluña sobre a nación catalá, sen prexuízo de que en calquera contexto que non sexa o xurídico-constitucional a autorrepresentación dunha colectividade como unha realidade nacional en sentido ideolóxico, histórico ou cultural teña plena cabida no ordenamento democrático como expresión dunha idea perfectamente lexítima.

Por todo iso, os termos “nación” e “realidade nacional” referidos a Cataluña, utilizados no preámbulo, carecen de eficacia xurídica interpretativa, o que, dada a especial significación dun preámbulo estatutario, así se dispoñerá na decisión; e o termo “nacionais” do artigo 8.1 EAC é conforme coa Constitución interpretado no sentido de que o dito termo está exclusivamente referido, no seu significado e utilización, aos símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidade” (artigo 1 EAC) e integrada na “indisoluble unidade da nación española” como establece o artigo 2 CE, e así se dispoñerá na decisión...” (Fundamento xurídico 12 *in fine*).

Pode comprobarse que a propia xurisprudencia constitucional nunha data tan recente se viu obrigada a aclarar cuestións que posiblemente deberían estar xa resoltas desde unha perspectiva xurídica no texto constitucional.

OS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

Unha das características máis significativas do noso sistema constitucional de fontes do dereito é que tanto o Estado como as comunidades autónomas teñen constitucionalmente recoñecido o poder de creación do dereito e, ademais, o noso sistema de fontes se vai distinguir na medida en que dalgunha maneira coexisten nel dous ordenamentos xurídicos, o estatal e o autonómico, cuxas relacións non se poden articular con base no principio de xerarquía normativa (que operará obviamente no interior de cada un deles), senón

atendendo ao criterio da competencia material e territorial.

Con isto quere dicirse que cada unha das organizacións que integran o que, con GONZÁLEZ ENCINAR, se pode chamar Estado unitario-federal, poden emanar normas xurídicas, pero mentres que o denominado "dereito estatal" terá vixencia (xa sexa como dereito directamente aplicable, xa como dereito supletorio) en todo o territorio nacional, o ordenamento xurídico de cada comunidade autónoma tan só estará vixente no territorio que determinase o seu respectivo estatuto de autonomía.

Hai que advertir que dereito autonómico e estatuto de autonomía non son termos coextensos, así, o estudo do dereito autonómico non se pode entender esgotado coa referencia ás normas institucionais básicas das comunidades autónomas, senón que comprende tamén todas as normas xurídicas creadas polos poderes autonómicos.

O artigo 147 da Constitución establece que, dentro dos termos da Constitución, os estatutos serán a norma institucional básica de cada comunidade autónoma e o Estado recoñeceraos e ampararaos como parte integrante do seu ordenamento xurídico.

Os estatutos de autonomía deberán conter certos aspectos simbólicos como a denominación da Comunidade que mellor corresponda á súa identidade histórica ou a denominación, organización e sede das institucións autónomas propias; e outros substantivos como son a delimitación do seu territorio e as competencias asumidas dentro do marco establecido na Constitución e as bases para o traspaso dos servizos correspondentes a estas. Ademais, a reforma dos estatutos axustarase ao procedemento establecido nestes e requirirá, en todo caso, a aprobación polas Cortes Xerais, mediante lei orgánica.

Sinala acertadamente PULIDO QUECEDO que o Tribunal Constitucional ten delimitada a reserva estatutaria do artigo 147.2 como unha reserva non absoluta, citando para tal efecto o seguinte pronunciamento:

"...A determinación do contido mínimo dos estatutos que se fai no artigo 147.2 da Constitución no pode conducir, no entanto, a unha conclusión como a que os recorrentes defenden, porque dela non se pode deducir unha reserva estatutaria absoluta, única hipótese na que a afirmación dos recorrentes sería indiscutible. Certamente non existe tal

reserva nin sequera fronte ás leis do Estado no que se refire ás competencias [artigo 147.2, c)], xa que estas poden resultar tamén das leis estatais non estatutarias a que se refire o artigo 150 da Constitución. Tampouco existe tal reserva estatutaria absoluta fronte á Lei da comunidade autónoma no que se refire á organización das institucións autónomas propias, cuxo desenvolvemento mediante lei non se podería considerar contrario ao artigo 147.2, c). E o mesmo hai que dicir da determinación da sede de tales institucións. O precepto contido no artigo 147.2 c), da Constitución significa, sen dúbida, a absoluta exclusión da norma estatal non estatutaria, pero non se ve razón para afirmar que se infrinxiu cando, como ocorre no caso presente, aínda non fixándose a sede polo seu nome, se establece que órgano haberá de determinala, cando e onde haberá de facelo e con que maioría, que é perfectamente acorde cunha interpretación, que non hai motivos para rexeitar, que ve no artigo 147.2, c), unha reserva estatutaria só relativa na materia que nos ocupa.” (STC 89/1984, do 28 de setembro, fundamento xurídico 7).

Como antecedente deste precepto, GARRIDO MAYOL cita o artigo 11 da Constitución española de 1931 a cuxo teor: “se unha ou varias provincias limítrofes, con características históricas, culturais e económicas, comúns, acordasen organizarse en rexión autónoma para formar un núcleo político-administrativo dentro do Estado español, presentarán o seu Estatuto conforme o establecido no artigo 12. Nese estatuto poderán solicitar para si, na súa totalidade ou parcialmente, as atribucións que se determinan nos artigos 15, 16 e 18 desta Constitución, sen prexuízo, no segundo caso, de que poidan solicitar todas ou parte das restantes polo mesmo procedemento establecido neste código fundamental. A condición de limítrofe non é exixible aos territorios insulares entre si. Unha vez aprobado o Estatuto, será a lei básica da organización política administrativa da rexión autónoma, e o Estado español recoñecerá e amparará como parte integrante do seu ordenamento xurídico.”

O artigo 147 enumera catro elementos que de forma obrigatoria debe conter todo estatuto de autonomía pero que na xurisprudencia recente do máximo intérprete da Constitución se relaxaron moito.

Sobre este contido dos estatutos é ilustrativa a posición do Tribunal Constitucional con motivo da resolución do recurso respecto do Estatuto de Valencia, cando di:

“...En definitiva, o contido constitucionalmente lícito dos estatutos de autonomía inclúe tanto o que a Constitución prevé de forma expresa (e que, pola súa vez, se integra polo contido mínimo ou necesario previsto no artigo 147.2 CE e o adicional, ao que se refiren as restantes remisións expresas que a Constitución realiza aos estatutos), como o contido que, aínda non estando expresamente sinalado pola Constitución, é complemento adecuado pola súa conexión coas aludidas previsións constitucionais, adecuación que se debe entender referida á función que, en sentido estrito, a Constitución encomenda aos estatutos, en canto norma institucional básica que debe levar a cabo a regulación funcional, institucional e competencial de cada comunidade autónoma.” (STC 247/2007, do 12 de decembro).

Tamén resulta de particular interese explicitar o que PULIDO QUECEDO denomina “complexa e perplexa solución arredor da constitucionalidade” de certos dereitos consagrados no Estatuto valenciano, atendendo para iso á xurisprudencia seguinte.

“...O primeiro que hai que destacar é que o artigo 17.1 EACV non enuncia un dereito xa regulado na Constitución (capítulo II do título I), isto é, nos seus propios termos, non se identifica con ningún deles. Polo tanto, en canto que, enunciado nun Estatuto, non goza da tripla condición que aos dereitos constitucionais recoñece o artigo 53.1 CE: regulación reservada á lei, respecto do seu contido esencial e vinculación a todos os poderes públicos. É dicir, non estamos ante un dereito que poida ser incluído no ámbito dos «dereitos fundamentais e liberdades públicas» que a Constitución recoñece e garante, pois estes últimos «son de aplicación directa, sen que sexa necesario para a súa efectividade un desenvolvemento lexislativo (artigo 53 CE)»” (STC 247/2007, do 12 de decembro).

A máis recente sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010, do 28 de xuño, é un magnífico documento xurídico que recorda a posición que dentro do ordenamento español ten o Estatuto de autonomía. En efecto, o fundamento xurídico terceiro achega a seguinte doutrina:

“...Os estatutos de autonomía son normas subordinadas á Constitución, como corresponde a disposicións normativas que *non son expresión dun poder soberano*, senón dunha autonomía fundamentada na Constitución, e por ela garantida, para o exercicio da potestade lexislativa no marco da Constitución mesma (así desde o principio, STC 4/1981,

do 2 de febreiro, FX 3). Como norma suprema do ordenamento, a Constitución non admite igual nin superior, senón só normas que lle están xerarquicamente sometidas en todas as ordes. Certamente, non faltan en ningún ordenamento normas xurídicas que, á marxe da Constitución *stricto sensu*, cumpren no sistema normativo funcións que cabe cualificar como materialmente constitucionais, por servir aos fins que conceptualmente se teñen por propios da norma primeira de calquera sistema de dereito, tales como, en particular, constituír o fundamento da validez das normas xurídicas integradas nos niveis primarios do ordenamento; isto é, naqueles nos que operan os órganos superiores do Estado. No entanto, tal cualificación non ten maior alcance que o puramente doutrinal ou académico, e, por máis que sexa conveniente para a ilustración dos termos nos que se constitúe e desenvolve o sistema normativo que ten na Constitución o fundamento da súa existencia, en ningún caso se traduce nun valor normativo engadido ao que estritamente corresponde a todas as normas situadas extramuros da Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, á subordinación á Constitución de todas as normas que, sexa cal sexa o seu cometido cunha perspectiva material ou lóxica, non se integran no ordenamento baixo a veste da Constitución formal; única que atribúe aos contidos normativos –tamén aos que materialmente coubese cualificar de estraños ao concepto académico de Constitución– a posición de supremacía reservada á Norma fundamental do ordenamento xurídico...”

Estas reflexións do Tribunal Constitucional non son novas posto que, desde pronunciamentos moi iniciais de 1983 (valla por todos o contido na Sentenza 72/1983, do 29 de xullo), se destacou que o Estatuto de autonomía é a norma delimitadora de competencias en canto integra o bloque da constitucionalidade e, en definitiva, se dita para delimitar as competencias do Estado e da comunidade autónoma respectiva.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ.

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO.

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRAS DA SEGUINTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Vol. I., Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 2008, 326-332.

Tajadura Tejada J. *Reformas territoriales y Estado Social*. Sistema: Revista de Ciencias Sociales, Nº 196, 2007, 49-74.

Toboso López F. *Algunas claves organizativas del Estado de las autonomías español y sus consecuencias*. RAE: Revista Asturiana de Economía, Nº. 32, 2005, 43-66.

Parrado Díez S. *Sistemas administrativos comparados*. Madrid: Universitat Pompeu Fabra, 2002.

Pulido Quecedo, M. capítulo 2º do *Manual de actuación del parlamentario* coordinado por Sarmiento Méndez X. A. Editorial El Derecho, 2011.

Santaolalla López, F., *Derecho constitucional*, Dykinson, 2ª ed, Madrid, 2010, 105-116.

Sarmiento Méndez X. A. *Manual de derecho constitucional*. Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010.

TEMA 15

**COMPETENCIAS DAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS. A MODIFICACIÓN
EXTRAESTATUTARIA DAS COMPETENCIAS
AUTONÓMICAS: LEIS MARCO, DE
TRANSFERENCIA E DELEGACIÓN E DE
HARMONIZACIÓN. A RESERVA DE
COMPETENCIAS AO ESTADO: NORMATIVA
BÁSICA; A ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE
COMPETENCIAS E A CLÁUSULA DE PECHE DO
ARTIGO 149.3**

TEMA 15. COMPETENCIAS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. A MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEIS MARCO, DE TRANSFERENCIA E DELEGACIÓN E DE HARMONIZACIÓN. A RESERVA DE COMPETENCIAS AO ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; A ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS E A CLÁUSULA DE PECHE DO ARTIGO 149.3

1.- COMPETENCIAS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1.1.- Aspectos conceptuais

En termos xerais, a competencia é o ámbito material, determinado por lei, en cuxo marco unha Administración pode exercer a súa actividade. A competencia é, por tanto, o mecanismo en que se fundamenta xuridicamente calquera actuación administrativa, de aí a importancia da súa delimitación previa.

O Estado autonómico comporta unha repartición de poder político e administrativo entre o Estado e as comunidades autónomas, que ten o seu reflexo no sistema de distribución de competencias entre ambos.

Ao falarmos das competencias das comunidades autónomas, estamos referíndonos ao propio concepto de competencia antes sinalado, pero, desde outro punto de vista, estamos aludindo tamén a un aspecto que nos permite entender o fenómeno autonómico en si mesmo, xa que nel reside o valor esencial do papel que as comunidades autónomas representan dentro do Estado. A distribución de competencias é indicativa, ademais, do grao que alcanza a autonomía dunha determinada comunidade autónoma.

A noción de competencia abrangue tamén as chamadas "funcións", como ámbito concreto e material que conforma o dito concepto. A este respecto, acostúmase aludir, como clasificación máis común, a unha función lexislativa e unha función executiva, distinción en que se inclúe a función regulamentaria e a de administración ou xestión.

1.2.- A distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. Os artigos 148 e 149 da Constitución

As competencias das comunidades autónomas veñen delimitadas nos respectivos estatutos de autonomía, con base no marco competencial definido na Constitución (art. 147.2 d). En efecto, tanto as competencias que corresponden ao Estado como as que poden corresponder ás comunidades autónomas aparecen delimitadas no título VIII do texto constitucional, concretamente nos seus arts. 148 e 149, por medio dun sistema chamado de “dobre lista”. Esta caracterización esta amplamente estendida pero, porén, non todos están de acordo con ela; así, entre outros, COSCULLUELA MUNTANER defende que existe unha única lista, a do art. 149.

O sistema de distribución de competencias ten que axustarse a unha serie de principios xerais que a propia Constitución recolle en diferentes artigos. Así, os contidos no art. 2, cando di que a Constitución se fundamenta na unidade da Nación española e no dereito á autonomía das nacionalidades e rexións; no art. 137, que establece como criterio para a repartición de poder o da asignación a cada instancia do que concirne aos seus respectivos intereses; no art. 138, en que se recolle o principio de solidariedade e non discriminación entre territorios, ou no art. 139, de igualdade dos españois en calquera parte do territorio e liberdade de circulación e establecemento.

O texto constitucional, a través do sistema recollido nos arts. 148 e 149, pretendeu concretar que competencias deben corresponder en todo caso ao Estado (as do art. 149.1: “*o Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias...*”) e cales, de entre as contidas nunha lista aberta, poden corresponder ás comunidades autónomas. Por tanto, contrariamente ao que sucede no caso do Estado, a Constitución non realiza unha atribución directa de competencias ás comunidades autónomas, senón que deixa que sexan estas, a través dos seus respectivos estatutos de autonomía, as que dispoñan que nivel de competencias queren asumir como propias (principio dispositivo), dentro da lista de materias prevista no art. 148.1: “*As comunidades autónomas poderán asumir competencias nas seguintes materias...*”. O principio dispositivo permite pois, en principio, tantos niveis competenciais como comunidades autónomas existen, aínda que na práctica é bastante

similar entre todas elas, coa excepción das singularidades derivadas do feito diferencial que afecta particularmente algunhas comunidades autónomas.

A lista do art. 148 ten un valor limitado no tempo, xa que, transcorridos cinco anos desde a aprobación do respectivo estatuto de autonomía, mediante a reforma deste, as comunidades autónomas estiveron en condicións de asumir todas as competencias non reservadas polo art. 149 ao Estado. Por isto, moitos autores consideran que o artigo 148, en pura técnica normativa, en certo sentido responde aos caracteres propios dunha disposición transitoria.

De feito, cos sucesivos procesos de reforma estatutaria, este artigo perdeu todo o seu sentido, xa que a maioría das comunidades autónomas, como dicimos, alcanzaron un teito de competencias similar. No momento actual o único límite que a este respecto existe para as comunidades autónomas é o do art. 149.1, salvo que acudan a unha transferencia ou delegación pola vía do art. 150.2.

As materias relacionadas tanto no artigo 148 como no art. 149 son moi heteroxéneas e a súa enumeración non sempre obedece a un criterio claro e preciso, pois en ocasións relaciónanse materias xenéricas e noutros, máis específicas; algunhas materias están referidas a unha actividade (a pesca), noutras a unha institución xurídica (propiedade industrial) ou noutras a determinados bens (minaría). Non obstante, en canto se refire a aquelas materias competencia do Estado, pódese dicir que todas están interconectadas pola presenza dun interese xeral prevalente, é dicir, que afecta todos os cidadáns. Precisamente, por tal razón é polo que se entendeu que aquel debe reservalas para si.

O art. 149.3 completa o sistema de distribución de competencias a través da chamada “cláusula residual” ou “cláusula de peche”, á que logo nos referiremos.

Finalmente, hai que citar a previsión contida no art. 150, que posibilita a asunción extraestatutaria de competencias, concretamente, a través de leis marco, as leis de delegación e transferencia e as leis de harmonización.

1.3.- As competencias das comunidades autónomas nos estatutos de autonomía

A delimitación de competencias autonómicas que, en xeral, realizan os distintos estatutos de autonomía responde á clásica distinción entre competencias exclusivas e competencias compartidas.

A) Competencias exclusivas

As competencias exclusivas correspóndense coas do máximo nivel, xa que, en principio, non están mediatizadas por ningunha circunstancia, e corresponden á comunidade autónoma en exclusividade, pois estalle atribuídas todas as funcións, tanto lexislativas como de desenvolvemento lexislativo e de execución. Porén, convén matizar que o dito carácter exclusivo aparece, nalgúns casos, moi relativizado, o que finalmente leva a considerar que a nota de exclusividade opera con moi distinto alcance. Isto pódese apreciar, entre outros, nos seguintes supostos:

- Aquelas competencias sobre as cales as comunidades autónomas exercen a totalidade das funcións correspondentes a unha determinada materia, é dicir, de nivel máximo, entre cuxos exemplos se poden citar a organización das institucións de autogoberno ou a promoción e o ensino da lingua propia.

- Existen, por outro lado, supostos nos cales a comunidade autónoma exerce sobre determinada materia certas funcións -ben sexa o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación básica do Estado, ben sexa só a de execución- e outras resévanse ao Estado. Exemplos desta categoría son as normas adicionais sobre protección do ambiente.

- Ademais, existen competencias que exercen indistintamente o Estado e a comunidade autónoma, co único límite de que non se produzan interferencias no seu exercicio.

Finalmente, hai que referir o suposto das denominadas competencias exclusivas de segundo grao, nas cales a comunidade autónoma desempeña a totalidade das funcións respecto a unha determinada materia competencial, ben que a dita competencia debe

exercerse de acordo coas bases e a ordenación xeral da economía e da política monetaria do Estado e nos termos do disposto nos arts. 38, 131 e 149, 1, 11 e 13 da Constitución. En definitiva, a dita competencia está en certo modo constrinxida en virtude dos denominados títulos competenciais xerais ou horizontais pertencentes ao Estado, así chamados porque inciden horizontalmente nas restantes materias.

Trátase de actividades relacionadas coa economía e os diversos sectores que a compoñen, como o fomento e planificación da actividade económica xeral, a industria, a agricultura, a gandaría, o comercio interior, etc. En definitiva, nestes supostos a comunidade autónoma, na materia de que se trate, está en condicións de desenvolver unha política propia, pero en todo caso suxeita ás orientacións e intervencións de coordinación que o Estado estableceza.

Agora ben, malia o poder coordinador con que o Estado conta nestas materias, como sinalou o Tribunal Constitucional, o seu exercicio non pode en ningún caso producir o baleiramento da correspondente competencia autonómica.

B) Competencias compartidas

Como xa se sinalaba, o sistema de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas concibido pola Constitución prevé nunhas ocasións a atribución íntegra da competencia sobre unha determinada materia a unha das dúas instancias e, noutras, porén -o suposto a que nos referimos neste número-, establece un sistema de repartición entre elas segundo unha dobre modalidade: ben comparten ambas a competencia sobre a dita materia ben simplemente ambas exercen funcións (diferentes) en relación cunha mesma materia.

O primeiro suposto, de compartición da materia, ten como un dos exemplos de referencia o previsto no art. 148.1.4 da Constitución, que atribúe como competencia ás comunidades autónomas a de "obras públicas de interese da comunidade autónoma no seu propio territorio", mentres que, pola súa parte, o art. 149.1.24 atribúe ao Estado a competencia sobre obras públicas de interese xeral ou cuxa realización afecte máis dunha comunidade autónoma.

O segundo suposto é o de compartición de funcións que se exercerán en relación cunha determinada materia –o máis común- que se produce cando se atribúe a unha instancia a competencia lexislativa e á outra, a competencia executiva, a primeira, no que se refire á normativa básica ao Estado e, a segunda, á comunidade autónoma.

Normalmente, pódense distinguir dous niveis de competencias compartidas nos estatutos de autonomía: un, en que a competencia da comunidade autónoma abrangue o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación básica do Estado, como é o caso relativo ao réxime xurídico da Administración pública da comunidade autónoma de que se trate ou do réxime estatutario dos seus funcionarios; outro é o suposto en que se atribúe á comunidade autónoma tan só a execución da lexislación estatal. Respecto deste último, pódese citar como referencia a lexislación laboral ou de propiedade industrial e intelectual.

1.4.- Fórmula de articulación e de materialización das competencias autonómicas

Neste caso estámonos referindo á canle formal de materialización de competencias, que se leva a cabo a través dos reais decretos de traspasos de bens, servizos, persoal e recursos financeiros, que historicamente foi o instrumento máis habitual polo cal se produciron as transferencias ás comunidades autónomas.

Convén aclarar a este respecto que, como xa se recolleu, realmente as competencias autonómicas se asumen por medio dos respectivos estatutos de autonomía. A través dos reais decretos de traspasos, o Estado unicamente pon á disposición das comunidades autónomas os medios humanos e materiais para poder exercer efectivamente as ditas competencias. Así pois, o sentido dos reais decretos de traspasos limítase a unha función interpretativa do contido e alcance dos servizos traspasados polo Estado. O Tribunal Constitucional sinalou, a este respecto, que o real decreto de traspasos é un instrumento *"útil para determinar o alcance da competencia"*. Por isto, quizais, en moitos decretos de traspasos se determinan mesmo as funcións que sobre a materia de que se trate reserva para si o Estado, aquelas que serán exercidas pola comunidade autónoma e aquelas que se exercerán en réxime de colaboración.

O punto de partida nesta materia vén recollido polo artigo 147.d) da Constitución, a teor do cal os estatutos de autonomía deberán conter, entre outras mencións, as competencias asumidas dentro do marco establecido na Constitución e as bases para o traspaso dos servizos correspondentes a estas.

Historicamente os traspasos de servizos do Estado ás comunidades autónomas viñéronse realizando a través das comisións mixtas Estado-comunidade autónoma, ás cales lles correspondía concretar que bens e servizos eran obxecto do traspaso. Unha vez determinados estes por mutuo acordo, a Comisión elevaba unha proposta, vinculante, ao Goberno para a súa aprobación mediante real decreto.

No que respecta a Galicia, antes da entrada en vigor do Estatuto constituíuse a Comisión Mixta de Transferencias, a través do Real decreto 464/1978, do 16 de marzo. Posteriormente, o Estatuto de autonomía, na súa disposición transitoria 4, previu a creación dunha comisión mixta paritaria integrada por representantes do Estado e da Comunidade Autónoma. A dita comisión mixta debía establecer as súas normas de funcionamento, concretamente, determinando os calendarios e prazos para o traspaso de cada servizo.

2.- A MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEIS MARCO, DE TRANSFERENCIA E DELEGACIÓN E DE HARMONIZACIÓN

2.1.- O art. 150.2 da Constitución

Se os estatutos de autonomía son o marco normativo de delimitación competencial entre o Estado e as comunidades autónomas, conforme o esquema constitucionalmente previsto, a modificación da dita delimitación unicamente poderá ser levada a cabo mediante a reforma daqueles.

O sistema na práctica, porén, non resulta tan ríxido, pois as competencias estatutarias poden ser ampliadas, sen necesidade de reforma estatutaria, mediante leis para tal efecto previstas pola Constitución. Concretamente, o seu art. 150 ten establecidas tres distintas modalidades modificativas: as leis marco, as leis de harmonización e as leis de transferencia e delegación. Cómpre significar que os recollidos no texto constitucional

son tres mecanismos excepcionais en canto que están dirixidos a modificar o esquema normal de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, que vén fixado conxuntamente e de modo coordinado pola Constitución e os estatutos de autonomía.

En calquera caso, estamos ante modalidades que actúan como vías de atribución extraestatutaria de competencias, ben que convén puntualizar que as leis de harmonización non son propiamente normas habilitadoras de competencias, senón máis ben, en canto teñen por misión harmonizar as disposicións normativas das comunidades autónomas, supoñen de feito unha limitación por parte do Estado ás competencias propias ou exclusivas daquelas. En todo caso, a dita limitación vén xustificada, iso si, por un valor superior que representa o interese xeral.

2.2.- Leis marco

Dispón o art. 150.1 da Constitución que *"As Cortes Xerais, en materias de competencia estatal, poderán atribuírlles a todas ou a algunha das comunidades autónomas a facultade de ditaren, para si mesmas, normas lexislativas no marco dos principios, bases e directrices fixados por unha lei estatal. Á parte das competencias dos tribunais, en cada lei marco establecerase a modalidade do control das Cortes Xerais sobre estas normas lexislativas das comunidades autónomas"*.

SANTAMARÍA PASTOR sinala dúas características esenciais desta modalidade lexislativa:

- En primeiro lugar, a lei marco é unha modalidade de delegación lexislativa, mediante a cal a lei estatal, en lugar de esgotar por si a regulación dunha materia sobre a que é competente, opta por remitir unha parte da dita regulación ás comunidades autónomas.
- En segundo lugar, a lei marco é unha técnica de ampliación da potestade lexislativa das comunidades autónomas, mediante a cal o Estado pode estender o campo de acción desta a materias non asumidas mediante o seu respectivo estatuto de autonomía; un suposto, pois, de ampliación extraestatutaria, en canto se realiza mediante unha norma

distinta do estatuto de autonomía, e unilateral, que o Estado leva a cabo pola súa libre decisión e que pode modificar ou revogar en calquera momento.

En definitiva, as leis marco son normas que habilitan competencias a favor das comunidades autónomas, que deste modo, nos ámbitos a que van referidas, comparten competencias co Estado que antes eran exclusivas deste.

Especulouse sobre se estamos aquí ante unha modalidade de delegación recepticia, como a regulada nos artigos 82 e 83 da Constitución, particularmente a referida ás leis de bases. Porén, a diferenza desta, en que se produce unha delegación das Cortes Xerais en favor do executivo do propio Estado, aquí encontrámonos, como vimos, ante unha fórmula de delegación que pode operar en favor das comunidades autónomas e na cal, por tanto, non entran en xogo os límites establecidos polos artigos 82 e 83 citados.

O art. 150.1 non impón límites nin ao tipo de delegación nin ao contido desta, polo que pode darse o caso de que a lei marco conteña tan só unha habilitación a todas ou a algunha das comunidades autónomas, sen outro obxecto substancial, por tanto, que o meramente habilitante. En todo caso, o único límite que afectaría esta modalidade sería o da fixación estrita de principios, bases ou directrices, non podendo por tanto ir alén destes, e queda ás comunidades autónomas a misión de desenvolvelos.

En canto ás materias que poden ser obxecto da lei marco, estas son, de acordo coa dicción legal, as de “competencia estatal”, expresión esta que cabe interpretar referida a aquelas competencias contidas no art. 149.1 da Constitución e ademais todas aquelas asumidas polo Estado en virtude da cláusula residual do art. 149.3, á cal nos referiremos máis adiante.

O art. 150.1, ao establecer que a lei marco debe prever a modalidade de control das Cortes Xerais sobre as normas que no seu desenvolvemento diten as comunidades autónomas, está poñendo especialmente o acento no feito de que a titularidade da competencia non resulta alterada, permanecendo en todo caso en mans do Estado -como corresponde xenericamente a toda delegación competencial- e, por tanto, este pode recuperala mediante lei de contrario ditada para tal efecto.

A Constitución, ao expresar tamén que o control das Cortes o é sen prexuízo da competencia dos tribunais, está referíndose a dous tipos diferentes de controis: o político, que é o que reservan as Cortes Xerais para si na propia lei marco, e o xurisdiccional, que, se for o caso, poderán levar a cabo os tribunais de xustiza. Debe entenderse neste punto que a xenérica alusión aos tribunais vai referida tanto ao Tribunal Constitucional, a través do recurso de inconstitucionalidade, como aos tribunais ordinarios, neste último caso mediante a formulación da cuestión previa de inconstitucionalidade, que ten lugar mediante a vía prevista no art. 163 da Constitución.

Nada di o texto constitucional sobre cal é o órgano das comunidades autónomas que debe ditar a norma ou normas lexislativas en desenvolvemento da lei marco. Hai que dicir que sobre este particular haberá que observar o previsto nos respectivos estatutos de autonomía, pero, en todo caso, nada parece oporse a que tal desenvolvemento poida ter lugar, ben por parte do parlamento autonómico correspondente ben que este poida encomendar a dita tarefa ao órgano de goberno.

Finalmente, hai que sinalar que no sistema de xerarquía normativa, as leis marco ocupan a mesma posición que unha lei ordinaria. Porén, a verdade é que a lei marco está en certo modo nun nivel superior que a lexislación de desenvolvemento, en canto limita o contido desta e pode exercer controis sobre ela.

2.3.- Leis de transferencia e delegación

O art. 150.2 dispón que: *"O Estado poderá transferir ou delegar nas comunidades autónomas, mediante lei orgánica, facultades correspondentes a materia de titularidade estatal que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación. A lei preverá en cada caso a correspondente transferencia de medios financeiros, así como as formas de control que o Estado reserve para si".*

Esta fórmula legal foi recollida tamén en diversos estatutos de autonomía, así, entre outros, o Estatuto galego que prevé no seu art. 36 que *"1. A Comunidade Autónoma galega poderá solicitar do Estado a transferencia ou delegación de competencias non asumidas neste estatuto. 2. Corresponde ao Parlamento de Galicia a competencia para*

formular as anteriores solicitudes e para determinar o organismo da Comunidade Autónoma galega a cuxo favor se deberá atribuír, en cada caso, a competencia transferida ou delegada”.

A diferenza do suposto previsto no art. 150.1, antes visto, nas leis de transferencia e delegación, ben que o Estado reserva para si fórmulas de control, non se fixan, porén, como nas leis marco, os principios, bases ou directrices dentro dos que se deben desenvolver as facultades atribuídas, elementos estes que actúan, como xa dixemos, como auténticos límites ao exercicio da competencia por parte das comunidades autónomas. En definitiva, estamos ante unha habilitación moi ampla e de aí, tal vez, a existencia de lei orgánica para a norma habilitante.

Pasamos agora a analizar os elementos que contén este precepto, comezando polo referente ao dobre termo de *“transferencia”* ou *“delegación”* que utiliza o artigo. Pois ben, a cuestión recibiu algún tratamento doutrinal, así, mentres que para GARCÍA DE ENTERRÍA a distinción carece de verdadeira relevancia, para outros, en cambio, a distinción dá conta da diferente intensidade que pode ter a asunción de competencias das comunidades autónomas con base neste precepto, plena nun caso e condicionada no outro.

Por outra parte, o precepto prevé como obxecto da transferencia ou delegación *“facultades correspondentes a materias de titularidade estatal que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación”*. Ao respecto, en primeiro lugar, resulta claro que as facultades transferidas ou delegadas o son en relación con materias de titularidade estatal. Non é tan clara, porén, a referencia ás materias *“que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación”*. En principio, coa dita expresión, cabe en todo caso entender, *a sensu contrario*, que hai determinadas materias que resultan intransferibles e indelegables e que neste caso, por tanto, actúan como límites á transferencia ou delegación.

E neste punto hai que lamentar que a Constitución non establecese, expresamente ou con relación a determinado artigo do texto, unha lista de materias de titularidade estatal que non resultan transferibles ou delegables ou ben daquelas que si o son, sobre

todo tendo en conta que é o propio art. 150 o que permite que as competencias de titularidade estatal poden ser transferidas ás comunidades autónomas.

As posicións doutrinais a este respecto van desde un extremo a outro. Por un lado, as que consideran que, dado que non é posible a transferencia de competencias ou materias completas, senón só de "*facultades*" correspondentes a materias de titularidade estatal, baixo esta óptica tampouco cabería admitir que existan materias intransferibles ou indelegables, é dicir, que non admitan, en maior ou menor medida, a colaboración autonómica (GARCÍA DE ENTERRÍA). Esta posición, porén, é contraria á que mantén outro sector doutrinal, quen considera que non son transferibles nin delegables as materias sobre as que o Estado posúe unha competencia íntegra ou plena e cuxo exemplo máis significado é o do art. 149.1.4ª da Constitución (defensa e forzas armadas).

Outro elemento da regulación constitucional do artigo que tratamos é o da forma da norma delegante. Resulta claro sobre este punto que as transferencias e delegacións previstas no art. 150.2 se deben formalizar mediante lei orgánica. Hai que reparar, porén, en que, salvo a referencia á previsión sobre a transferencia de medios financeiros que fará posible a asunción da transferencia, non existe no precepto ningunha referencia ao contido da lei orgánica.

Existe outro aspecto de interese no artigo, ao cal nos referimos ao comezo, que é o da natureza das competencias transferidas e, máis concretamente, se poden ser as puramente executivas ou se ademais poden selo as normativas. E sobre este particular, con independencia da posición doutrinal pola que se opte, a realidade é que a práctica impuxo que poden ser tanto unhas como outras. Así, nas transferencias levadas a cabo pola Lei orgánica 16/1995, do 27 de decembro, á Comunidade Autónoma de Galicia, contéñense tanto competencias exclusivas (cooperativas e mutuas, espectáculos públicos, transporte marítimo na comunidade), como competencias de desenvolvemento lexislativo e execución, e competencias puramente executivas.

No que se refire ao posible límite temporal das ditas delegacións ou transferencias, hai que dicir que, desde un punto de vista estritamente xurídico, non parece existir inconveniente en que, con posterioridade á adopción da lei orgánica, o Parlamento dite

unha nova lei, co mesmo carácter, para que o Estado recupere as competencias anteriormente transferidas ou delegadas.

No referente aos controis a que están suxeitos estas leis e a que se refire tamén o art. 150.2, este límitase a sinalar que deberán ser previstos na correspondente lei orgánica, pero sen indicar con que contido deben operar os ditos controis.

Unha parte da doutrina distinguiu segundo se trate de funcións obxecto de delegación e funcións obxecto de transferencia. Deste modo, consideran que as primeiras poden ser obxecto de control polo Goberno e non así en cambio as funcións obxecto de transferencia, que serían controlables pola propia comunidade autónoma destinataria da transferencia. Isto gardaría relación co feito de que a transferencia opera dunha forma máis incondicionada, o que non ocorre coa delegación en que o órgano delegante mantén un maior control sobre as facultades delegadas.

Pero, unha vez máis, aquí a práctica imponse e así danse supostos moi variados, desde os que sinalan ás comunidades autónomas a obrigação de facilitar á Administración do Estado a información que esta solicite sobre as materias transferidas a aqueloutros en que se exige que os servizos transferidos manteñan un determinado nivel de eficacia, previndo a posibilidade, en caso de incumprimento e logo de requirimento, de suspender as facultades e servizos, dando conta ás Cortes Xerais.

Como exemplo concreto podemos traer aquí o do art. 7 da Lei orgánica 16/1995, do 27 de decembro, polo cal a Comunidade Autónoma de Galicia debía adaptar o exercicio das competencias transferidas a través da lei orgánica a determinados principios e controis. Así, concretamente:

"a) A Comunidade Autónoma de Galicia facilitará á Administración do Estado a información que esta solicite sobre as materias correspondentes.

b) As facultades e servizos transferidos manterán, como mínimo, o nivel de eficacia que teñan no momento da transferencia.

c) En caso de incumprimento dos requisitos anteriores, o Goberno requirirá formalmente

ao respecto á Comunidade Autónoma e, se persistir o incumprimento, poderá suspender a partir dos tres meses as facultades e servizos, dando conta disto ás Cortes Xerais, que resolverán sobre a procedencia da decisión do Goberno, levantando a suspensión ou acordando a revogación do exercicio da facultade transferida.”

2.4.- Leis de harmonización

O art. 150.3 da Constitución dispón que *"O Estado poderá ditar leis que establezan os principios necesarios para harmonizar as disposicións normativas das comunidades autónomas, aínda no caso de materias atribuídas á competencia destas, cando así o exixa o interese xeral. Correspóndelles ás Cortes Xerais, por maioría absoluta de cada cámara, a apreciación desta necesidade”*.

A través desta modalidade trátase de permitir ao Estado, en determinados supostos, utilizar unha fórmula que achegue elementos de coherencia ás normas ditadas polas comunidades autónomas. Dito doutro modo, esta modalidade xustifícase na necesidade de que exista unha lexislación uniforme nunha determinada materia, calquera que esta sexa.

Estamos, como pode facilmente apreciarse, ante un sistema excepcional, utilizable de forma restritiva só, segundo o Tribunal Constitucional, cando *"o lexislador estatal non dispoña doutras canles constitucionais para o exercicio da súa potestade lexislativa ou estas non sexan suficientes para garantir a harmonía exixida polo interese xeral"* (STC 73/1983); e isto porque a través desta modalidade se habilita o lexislador estatal para, dalgún modo, interferir no sistema de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. En certa medida, a Lei de harmonización actúa como límite ao exercicio polas comunidades autónomas das súas potestades lexislativas, pois vincula os seus contidos. Certo é que, fóra dos "principios harmonizadores" que conteñen, aos cales debe atermose a lexislación autonómica, as leis de harmonización en ningún caso poden implicar unha modificación dos estatutos de autonomía nin deixar sen contido as normas autonómicas na materia obxecto de harmonización.

Noutra orde de argumentos, esta modalidade explícase pola *"imposibilidade de que*

o texto constitucional esgote todos os supostos que a propia Constitución prevé de que o Estado incida no ámbito competencial das comunidades autónomas" (STC 76/1983).

En definitiva, as leis de harmonización foron concibidas polo constituínte como un sistema de salvagarda do interese xeral. É certo que este xa foi considerado pola Constitución á hora de establecer a repartición competencial, pero dáse a circunstancia de que poden existir supostos nos cales se faga precisa unha maior concreción do dito interese polo lexislador estatal.

Porén, non basta coa mera apelación, en abstracto, ao interese xeral para que este sexa apreciado, nin que se obteña o apoio formal da maioría absoluta das dúas cámaras, senón que se require, ademais, unha obxectiva exixencia de uniformidade normativa.

A pesar de que a harmonización afecta normalmente as competencias exclusivas das comunidades autónomas, segundo o Tribunal Constitucional *"non é contrario á Constitución que as leis de harmonización sexan utilizadas cando, no caso de competencias compartidas, se aprecie que o sistema de distribución de competencias é insuficiente para evitar que a diversidade de disposicións normativas das CC.AA. produza unha desharmonía contraria ao interese xeral da Nación* (STC 76/1983).

Ben que a redacción do art. 153 da Constitución podería dar a entender outra cousa, as leis de harmonización poden adoptarse previamente ou con posterioridade á aprobación das normas autonómicas cuxa harmonización se pretende.

A Constitución garda silencio respecto das características técnicas que deben reunir as leis de harmonización. A única referencia a este respecto encontrámola na Lei orgánica de harmonización do proceso autonómico (LOHPA), que se configurou como unha norma de aplicación directa e inmediata, con efectos xerais, aplicables desde o momento mesmo da súa entrada en vigor.

Esta norma tamén nos ofreceu pistas sobre o procedemento formal da elaboración destas leis. En todo caso e como xa se apuntou, previamente ao inicio do dito procedemento, o inciso final do art. 150.3 require que as Cortes Xerais, por iniciativa da maioría absoluta de cada cámara, aprecien a necesidade dunha lei harmonizadora. A partir

de entón non serán admitidas emendas que contradigan a necesidade xa apreciada.

A dita iniciativa pode provir do Goberno, de dous grupos parlamentarios ou de 1/5 dos deputados (art. 168.1 do Regulamento do Congreso), ou pode corresponder, no caso do Senado, ao Goberno ou a 25 senadores (art. 141.1 do Regulamento do Senado). Neste último caso, sobre as propostas deberá emitir informe a Comisión Xeral das Comunidades Autónomas, antes da súa elevación ao Pleno do Senado.

No que se refire ao procedemento propiamente dito da elaboración das leis de harmonización, a súa tramitación, no esencial, non difire do establecido para as leis ordinarias.

3.- A RESERVA DE COMPETENCIAS AO ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; A ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS E A CLÁUSULA DE PECHE DO ARTIGO 149.3

3.1.- A normativa básica

Neste caso estamos referíndonos ás materias de competencia estatal contidas, como vimos, no artigo 149 da Constitución, nas cales se pode producir a concorrencia de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. Estes supostos tamén abrangerían as competencias do art. 148 da Constitución que, aínda podendo ser de competencia exclusiva daquelas, poderían requirir a intervención do Estado para salvagardar o interese xeral en calquera orde.

Pois ben, nestes supostos, as Cortes Xerais poden aprobar normas que conteñan os criterios xerais de regulación dunha determinada materia, que desta forma constituirán un réxime xeral, uniforme e mínimo na dita materia que as comunidades autónomas deben respectar –en ningún caso poden ser modificadas nin derogadas polas leis das comunidades autónomas- e, en todo caso, poden desenvolver.

Así, a STC do 20 de xullo de 1984, en referencia á normativa autonómica, determina que *«se leva a cabo como desenvolvemento das bases da lexislación estatal, polo que os actos que en execución desta competencia se realicen deberán moverse sempre no marco*

das bases e dentro do espírito delas».

O Tribunal Constitucional tamén, en reiterada xurisprudencia, veu matizando o concepto de bases ou normas básicas baixo unha concepción á vez formal e material destas, ben que outorgando un certo predominio á concepción material. Así, na súa STC 69/1988, do 19 de abril, sinala que *"temos unha doutrina constitucional consolidada que, construída sobre o núcleo esencial do concepto material da norma básica, se complementa con elementos formais dirixidos a garantir unha definición clara e precisa dos marcos básicos delimitadores das competencias autonómicas."*

O concepto material do "básico" vén representado polo feito de que eses principios ou criterios básicos, estean ou non formulados como tales nas normas (no primeiro caso, concepto formal), son os que, en todo caso, se deducen racionalmente da lexislación vixente.

En definitiva e esencialmente, é o elemento material o que permite cualificar unha norma como básica e, pola súa parte, o elemento formal debe acompañar a norma materialmente considerada básica como un requisito esencial de seguridade xurídica.

Así pois, de todo isto pode deducirse que unhas normas non son básicas polo mero feito de estaren contidas nunha lei e ser nela cualificadas como tales (o cal nos situaría, como vimos, nunha noción formal de bases), senón que o esencial do concepto de bases é o seu contido (así, sentenzas do TC do 28 de xullo de 1981 e do 28 de xaneiro de 1982). É importante sinalar a este respecto que, precisamente porque a noción de bases é unha noción esencialmente material, á definición do que sexa básico poden contribuír non só as leis senón tamén as normas regulamentarias (STC do 28 de xaneiro de 1982).

O Tribunal Constitucional definiu a lexislación básica como *"Regulación uniforme e de vixencia en toda a Nación, co cal se asegura, en prol de intereses xerais superiores aos de cada comunidade autónoma, un común denominador normativo a partir do cal cada comunidade, en defensa do propio interese xeral, poderá establecer as peculiaridades que lle conveñan"* (STC do 28 de xaneiro de 1982).

Por tanto, a través da normativa básica garántese a unidade e igualdade de condicións entre os cidadáns e as comunidades autónomas deben moverse dentro deses

límites no exercicio das súas competencias. Isto non obsta para que a normativa estatal básica poida ser complementada por leis e desenvolvida por normas regulamentarias das comunidades autónomas con competencias na materia de que se trate, o que dá orixe a unha pluralidade de regulacións autonómicas.

É así tamén como a noción de norma básica, xunto á de norma de desenvolvemento, forman parte dos conceptos que a Constitución emprega para repartir funcións públicas entre o Estado e as comunidades autónomas en relación cunha determinada materia.

3.2.- A atribución estatutaria de competencias e a cláusula de peche do art. 149.3

Como xa dixemos, as competencias das comunidades autónomas veñen delimitadas nos respectivos estatutos de autonomía, con base no marco competencial definido na Constitución. Segundo establece o art. 147.2 d) da Carta Magna, son os estatutos de autonomía as normas chamadas a fixar *"as competencias asumidas dentro do marco establecido na Constitución"*. En efecto, a distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas aparece delimitada a través dun sistema de dobre lista no título VIII do texto constitucional (arts. 148 e 149).

Este esquema aparentemente simple vólvese, porén, complexo coa vixencia dunha serie de regras correctoras que completan o sistema inicial e que son as previstas no art. 149.3 da Constitución. Desta forma poderíase dicir que, en realidade, o sistema competencial sobre o que se articula o título VIII da Constitución responde a un esquema de dobre lista e cláusula de peche, o que levou a algúns autores a falar da existencia dun sistema de tripla lista. Foi precisamente esta última, a cláusula de peche, un dos temas máis debatidos no ámbito constitucional debido á problemática que encerra a súa interpretación.

O art. 149.3 da Constitución contén todo un sistema de regulación das relacións entre os ordenamentos xurídicos estatal e autonómico, cando sinala no seu número 3 que *"as materias non atribuídas expresamente ao Estado por esta Constitución poderán corresponder ás comunidades autónomas, en virtude dos seus respectivos estatutos. A competencia sobre as materias que non fosen asumidas polos estatutos de autonomía*

corresponderá ao Estado, cuxas normas prevalecerán en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas en todo o que non estea atribuído á exclusiva competencia destas. O dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas.

En definitiva, este artigo contén tres incisos que son, respectivamente, a cláusula residual ou de peche, a cláusula de prevalencia do dereito estatal e a cláusula de supletoriedade do dereito estatal.

Será da primeira destas cláusulas, a chamada cláusula de peche, da que nos imos ocupar agora.

A dita cláusula presenta un dobre alcance, por un lado, establece que as materias non atribuídas expresamente ao Estado poderán corresponder ás comunidades autónomas, en virtude do previsto nos seus estatutos. Desta forma, as competencias autonómicas non son todas as non reservadas expresamente ao Estado, pois a cláusula non opera de modo automático, senón só aquelas que, non estando reservadas ao Estado, fosen expresamente asumidas polos respectivos estatutos de autonomía.

O sistema está baseado así no chamado "principio de dispoñibilidade", en virtude do cal son as comunidades autónomas as que deben manifestar a súa vontade de aumentar as súas cotas competenciais, ben sexa a través da reforma do seu estatuto de autonomía, ben a través dunha lei de transferencia ou delegación do Estado.

O outro efecto que opera sobre o sistema de distribución competencial, a cláusula de peche, é o de que a competencia sobre as materias que non fosen asumidas polos estatutos de autonomía corresponderán ao Estado, que desta forma asume un ámbito material de competencias maior que o previsto no artigo 149.1 da Constitución.

Porén, tampouco neste caso a cláusula residual opera de maneira absolutamente automática cando se trate de calquera materia competencial non prevista especificamente nos estatutos, xa que existen a este respecto criterios, fixados polo Tribunal Constitucional, que, modificando a súa premisa inicial, matizan a dita atribución.

En efecto, o Tribunal, na súa Sentenza 123/1984, do 18 de decembro, considera que

dentro do ámbito de aplicación da cláusula deben excluírse aqueles supostos que, aínda que a materia non estivese incluída nas listas dos artigos 148.1 e 149.1, e aínda que esta non fose asumida expresamente nun estatuto de autonomía, podería considerarse competencia estatutaria por vía interpretativa, dentro das competencias estatutarias xa asumidas.

A sinalada sentenza referíase ás actividades instrumentais, de carácter técnico, vinculadas a títulos competenciais xa recollidos nos estatutos de autonomía e, concretamente, neste caso, referíase á actividade cartográfica.

Este é o criterio interpretativo que se mantivo a través de pronunciamentos constitucionais posteriores, o que supón, na práctica, a posibilidade de dotar cun maior contido competencial as comunidades autónomas.

JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, Francisco (dir.): ***Reformas estatutarias y distribución de competencias***. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2007.
- Bello Janeiro, Domingo (dir.): ***Manual de dereito galego***. 2 v. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1996.
- Espín Templado, Eduardo (coord.): ***La Constitución de 1978 y las comunidades autónomas***. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
- García de Enterría, Eduardo: ***Estudios sobre autonomías territoriales***. Civitas, Madrid 1985.
- González – Trevijano, Pedro: ***El estado autonómico: principios, organización y competencias***. Universitas. Madrid 1998.

- Montilla Martos, José Antonio: ***Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política***. Tecnos. Madrid 1998.
- Muñoz Machado, Santiago: ***Derecho público de las comunidades autónomas***. 2 v. Civitas, Madrid 1984.
- Salas Hernández, Javier: ***Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización***. Revista de Administración Pública núm. 100. 1983.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: ***Principios de derecho administrativo, vol. I***. Colección Ceura. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1981.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (coord.): ***Dereito público galego: curso de verán 1992***. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1993.
- Ídem: ***Estudios de derecho autonómico***. Montecorvo. Madrid 1997.
- Tajadura Tejada, J. y Roura Gómez, S. A.: ***Código de derecho constitucional autonómico: Constitución, estatutos de autonomía y leyes orgánicas de transferencia y delegación***. Biblioteca Nueva. Madrid 2004.
- Varios autores: ***El funcionamiento del Estado autonómico***. Ministerio de Administraciones públicas. Madrid 1999.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles: ***Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional***. Ariel. Barcelona 1989.
- VV.AA.: ***Autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro***. Abogacía del Estado. Madrid 2006.
- VV.AA.: ***El funcionamiento del Estado autonómico: I Curso sobre administraciones territoriales para personal directivo y superior***. INAP. Madrid 1996
- VV.AA.: ***O sistema político galego: as institucións***. Xerais. Vigo 1994.

TEMA 16

AS ADMINISTRACIÓNS LOCAIS: A POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE MUNICIPIOS E PROVINCIAS. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL

TEMA 16. AS ADMINISTRACIÓNS LOCAIS: A POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE MUNICIPIOS E PROVINCIAS. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. As administracións locais: a posición constitucional de municipios e provincias.

1.1. As administracións locais na Constitución: ámbito subxectivo.

1.2. A posición constitucional de municipios e provincias.

2. Distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas sobre Administración local.

2.1. Formulación xeral da distribución de competencias.

2.2. A repartición de competencias en materia de réxime local.

2.2.1. Organización, procedemento e réxime de recursos da Administración local.

2.2.2. O principio constitucional da autonomía local.

2.2.3. A Carta Europea da autonomía local.

2.3. A repartición de competencias en materia de facenda local

2.4. A repartición en materia de urbanismo e na configuración do dereito de propiedade do solo.

2.5. A repartición de competencias en materia de patrimonio das entidades locais.

2.6. A repartición de competencias noutros sectores de actividade.

2.6.1 Ambiente.

2.6.2. Tráfico e de circulación de vehículos de motor.

2.6.3. Seguridade pública.

2.6.4. Educación.

2.6.5. Deporte.

1. As administracións locais: a posición constitucional de municipios e provincias.

A exposición deste número exige facer unha primeira referencia aos entes que integran a Administración local para, posteriormente, abordar a cuestión de fondo relativa á posición constitucional dos municipios e as provincias. O réxime dos municipios e provincias é obxecto dos temas 10 e 11, respectivamente, do bloque II de dereito autonómico e local.

1.1 As administracións locais na Constitución: ámbito subxectivo.

As administracións locais están integradas, desde o punto de vista subxectivo, por unha pluralidade de entes que supera a dualidade municipios e provincias, como se expón a continuación.

A Constitución, no artigo 137, establece que “o Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus intereses”. O artigo 141 dispón que nos arquipélagos canario e balear “as illas terán ademais a súa administración propia en forma de cabidos e consellos”. Todos estes entes quedan garantidos pola Constitución fronte ao lexislador ordinario, a quen corresponde regularlos.

Por outro lado, a Constitución prevé a posibilidade de que se creen agrupacións de municipios diferentes da provincia -artigo 141.3, en referencia ás comarcas e áreas metropolitanas-, ou de que, mediante a agrupación de municipios limítrofes, os estatutos das comunidades autónomas poidan establecer circunscricións territoriais propias – artigo 152.3. A existencia destas últimas entidades non está garantida pola Constitución, a diferenza do que ocorre coas primeiras.

Deste modo, ao establecer a tipoloxía dos entes locais, diferéncianse os entes constitucionalmente garantidos ou obrigatorios dos entes opcionais, que as comunidades autónomas poden, potestativamente, crear. Neste sentido pronúnciase a STC do 28 de xullo de 1981.

Descendendo á normativa infraconstitucional, pero que integra o denominado polo Tribunal Constitucional “bloque de constitucionalidade”, o desenvolvemento dos preceptos constitucionais citados encóntrase recollido na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das

base do réxime local (LBRL, no sucesivo). Destacamos a importante reforma derivada da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local.

Esta norma, LBRL, enumera no seu artigo 3 os seguintes tipos de entes locais:

“. Son entidades locais territoriais:

- a) O municipio.
- b) A provincia.
- c) A illa nos arquipélagos balear e canario.

2. Gozan, así mesmo, da condición de entidades locais:

- a) As comarcas ou outras entidades que agrupen varios municipios, constituídas polas comunidades autónomas de conformidade con esta lei e os correspondentes estatutos de autonomía.
- b) As áreas metropolitanas.
- c) As mancomunidades de municipios.”

Ademais, os entes locais (territoriais e institucionais) que integran a Administración local poden crear, pola súa vez, outros de carácter instrumental —dotados de personalidade xurídica— para a xestión dos servizos públicos da súa competencia en réxime de descentralización funcional (organismos autónomos, entidades públicas empresariais e sociedades mercantís; estas últimas son persoas xurídico-privadas).

Por último, o artigo 87 da LRBRL lexitima as entidades locais para constituír consorcios con outras administracións públicas para fins de interese común ou con entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan fins de interese público concorrentes cos das administracións públicas. Estes consorcios gozan de personalidade xurídica propia (artigo 110.2 TRRL), pero a lei remitiu aos estatutos propios do consorcio para que neles se determine a súa natureza (como Administración local, estatal ou autonómica), atendida a participación que nel teñan os entes locais.

Os consorcios poderán utilizarse para a xestión dos servizos públicos locais, no marco dos convenios de cooperación transfronteiriza en que participen as entidades locais españolas,

e de acordo coas previsións dos convenios internacionais ratificados por España na materia –artigo 87.2 Lei 7/85, engadido pola Lei 57/2003.

Destacamos que tal artigo 87 quedará derogado a partir do 2.10.2016, coa entrada en vigor da Lei 40/2015, do réxime xurídico do sector público.

1.2. A posición constitucional de municipios e provincias.

Nun primeiro achegamento á cuestión, e ao fío do artigo 137 da Constitución, os municipios e as provincias forman parte da organización territorial de Estado, garantíndose a súa autonomía para a xestión dos seus intereses no mesmo precepto, á par, podería dicirse, que as comunidades autónomas. Non obstante, debe engadirse inmediatamente que a autonomía dos municipios e provincias dista da autonomía das comunidades autónomas, aínda que só sexa pola potestade lexislativa que esta últimas detentan e da que carecen os municipios. Debe considerase que, estando sometidos uns e outras á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico (artigo 9.1 CE), e sendo as comunidades creadoras de leis vinculantes, estas gozan dunha autonomía que pode cualificarse de política, fronte á autonomía administrativa dos municipios e provincias.

É tradicional na doutrina abordar a posición constitucional de municipios e provincias desde a análise dos tres principios constitucionais que se recollen no título VIII da CE:

1. A autonomía dos municipios e provincias e a personalidade xurídica para a xestión dos seus intereses.
2. O carácter representativo e democrático dos órganos de goberno das corporacións e
3. A suficiencia das facendas locais.

Como xa se sinalou anteriormente, o artigo 137 da Constitución establece que: «O Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan» e precisa, de forma inequívoca, que «todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses». Esta solemne declaración de autonomía reitérase noutros preceptos do texto constitucional. En efecto, o artigo 140 da Constitución «garante a autonomía dos municipios», e establece, ademais, que estes «gozarán de personalidade xurídica plena». Con sentido e alcance moi similares, o artigo 141 configura a provincia como unha «Entidade local con personalidade xurídica propia» e

atribúese o seu goberno e administración autónoma ás deputacións.

En tales preceptos constitucionais aparecen nitidamente perfilados os dous trazos típicos que configuran unha auténtica descentralización:

1. A existencia de intereses peculiares ou específicos dos entes locais.
2. A xestión de tales intereses por órganos independentes e con personalidade xurídica propia. Desta maneira, queda plenamente recoñecida no noso ordenamento constitucional a autonomía municipal.

Agora ben, o artigo 137 da Constitución delimita o ámbito destes poderes autónomos, circunscribíndoos á «xestión dos seus respectivos intereses». Por tal razón é indispensable dotar os entes locais de todas as competencias necesarias para satisfacer os seus intereses respectivos: os do municipio ou os da provincia. Polo contrario, cando se incida sobre intereses xerais da Nación, é incuestionable a posición de superioridade do Estado, como puntualizou o noso Tribunal Constitucional.

Desde unha óptica diferente, a nosa Constitución sanciona o carácter democrático e representativo das corporacións locais. Nun primeiro termo, o artigo 140 dispón que «os concelleiros serán elixidos polos veciños do municipio mediante sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto». E máis adiante puntualiza que os alcaldes serán elixidos polos concelleiros ou polos veciños. Aínda que de forma menos explícita, o artigo 141.2 do Texto constitucional tamén alude ao carácter representativo das deputacións como órganos de goberno e administración das provincias.

Por último, a Constitución establece no seu artigo 142 que «as facendas locais deberán dispor de medios suficientes para o desempeño das funcións que a lei atribúe ás corporacións respectivas» e que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios e da participación noutros do Estado e das comunidades autónomas. Sobra sinalar que este transcendental principio de suficiencia financeira debe constituír a auténtica garantía para a existencia dunha efectiva autonomía local.

2. Distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas sobre Administración local.

2.1. Formulación xeral da repartición de competencias.

A Constitución non relaciona directamente as competencias que o Estado e as comunidades autónomas exercen sobre a Administración local, senón que distribúe as competencias entre o Estado e as comunidades nos artigos 149 e 148, respectivamente. Da análise combinada de ambos os preceptos si se deduce a distribución entre un e outras no que atinxe á Administración local, distribución da competencia lexislativa, normalmente, que afecta os distintos campos de actuación ou sectores de actividade (de aí a expresión “lexislación sectorial”).

Pois ben, a repetida repartición de competencias realízase en función de diferentes criterios. O enfoque que se dará será precisamente este: agruparanse os sectores de actividade local en función dos diferentes criterios de repartición das competencias (lexislativas) estatal e autonómica. Esta análise, e esta realidade, conduce a unha primeira e importante conclusión no réxime de aplicación de fontes na actividade municipal, que se traduce en que unhas veces primará a normativa estatal e outras a autonómica, segundo a mencionada repartición constitucional de competencias. Procédese a expor a distribución de competencias:

a) O primeiro grupo de competencias inclúe todos aqueles sectores da actividade administrativa en que se reserva ao Estado a competencia para ditar a lexislación básica. A lexislación básica establece o denominador común, homoxéneo para todas as administracións públicas, e as comunidades autónomas poden ditar lexislación de desenvolvemento. Pero tanto a lexislación sectorial estatal como a autonómica deben establecer e respectar as competencias das entidades locais para facer efectiva a súa autonomía garantida constitucionalmente, de acordo coas características da actividade, a capacidade de xestión da entidade local e os principios de descentralización e de máxima proximidade da xestión administrativa aos cidadáns. Os sectores de actividade que responden ao esquema de lexislación básica son o réxime xurídico das administracións públicas, o réxime estatutario dos funcionarios, lexislación sobre contratos e concesións administrativas, protección do ambiente, montes, aproveitamentos forestais e vías

pecuarias, réxime mineiro e enerxético, réxime de prensa, radio, televisión e outros medios de comunicación social, sanidade interior e planificación xeral da planificación económica.

b) Outro grupo da actividade administrativa sectorial é o que está rexido polo principio de reserva competencial plena e exclusiva ao Estado. Inclúese neste número a lexislación sobre o procedemento administrativo común, facendo fincapé no último adxectivo, pois o que se reserva é a regulación do procedemento común, non de calquera outro procedemento específico por razón da materia, que será regulado pola Administración competente; a lexislación sobre responsabilidade de todas as administracións públicas; lexislación sobre expropiación forzosa, entre outras.

c) Pode agruparse outra serie de actividades administrativas que están sometidas á competencia lexislativa estatal ou autonómica segundo o criterio de que o territorio onde se desenvolven transcende ou non o espazo xeográfico da comunidade. Inclúense neste número as obras públicas dos ferrocarrís e estradas; o transporte terrestre -pois o aéreo e o marítimo resérvase en exclusiva ao Estado-; a lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos, instalacións eléctricas e transporte de enerxía.

d) Outros sectores de actividade corresponden ao Estado ou ás comunidades segundo a finalidade deles; por exemplo, a competencia sobre portos e aeroportos corresponde ao Estado, salvo os deportivos ou que non desenvolvan actividades comerciais; a pesca marítima ao Estado e en augas interiores ás comunidades.

A continuación concrétese a repartición de competencias nos sectores máis destacados da actividade administrativa.

2.2. A repartición de competencias en materia de réxime local.

2.2.1. Organización, procedemento e réxime de recursos da Administración local.

A expresión “réxime” ou “réxime xurídico” contense en preceptos tales como o 149.1.18 da CE “as bases do réxime xurídico das administracións públicas” e titula precisamente a Lei 7/85, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (LRBRL, en diante), norma que deriva do precepto constitucional citado. Pois ben, o réxime local é precisamente o

contido da Lei 7/85, o que non impide que outra normativa, estatal ou autonómica, poida regular o réxime local, como se indicará no lugar oportuno.

Neste momento procede definir o “réxime local” ou, con maior precisión, o “réxime xurídico da Administración local”, tarefa que se aborda da man das sentenzas do Tribunal Constitucional 32/1981, do 28 de xullo (F.X. 38), e do 5 de agosto de 1983. A definición negativa sinalaría que réxime xurídico non se refire a todo o dereito administrativo, ao cal está suxeito a Administración pública. A configuración positiva do réxime local descríbese como a regulación básica da organización, o procedemento e o réxime de recursos da Administración local.

A lexislación sectorial refírese ao resto de sectores ou áreas da actividade administrativa, por exemplo, minas, montes, estradas, augas, urbanismo, contratación, función pública, por citar unha pequena mostra.

O artigo 149.1.18 reserva ao Estado a competencia exclusiva para establecer as bases do réxime xurídico das administracións públicas. En virtude deste título competencial o Estado, entendendo por tal as Cortes Xerais, aprobou a Lei 7/85, reguladora das bases do réxime local, co contido que acaba de exporse.

A natureza ou o concepto material de norma ou lexislación estatal básica analízase na Sentenza do Tribunal Constitucional 69/1988, do 19 de abril, fundamentos 5º e 6º, conforme a cal é materialmente básica por garantir en todo o Estado un común denominador normativo dirixido a asegurar, de maneira unitaria e en condicións de igualdade, os intereses xerais, a partir do cal poida cada comunidade autónoma, en defensa dos seus propios intereses, introducir as peculiaridades que considera convenientes e oportunas, dentro do marco competencial que na materia lle asigne o seu estatuto.

Por outro lado, os contidos básicos non se poden recoller en calquera instrumento normativo; debe ser precisamente a través de lei formal, pois só a través desta se alcanzará, coas garantías inherentes ao procedemento lexislativo, unha determinación certa e estable dos ámbitos respectivos de ordenación das materias en que concorren e se articulan as competencias básicas estatais e as lexislativas e regulamentarias autonómicas, doutrina que se proclama coa afirmación de que “as Cortes deberán establecer o que se

deba entender por básico” -fundamentos xurídicos 5º da STC 32/1981 e 1º da STC 1/1982-, o cal expresa, de maneira ben relevante, que a propia lei pode e debe declarar expresamente o alcance básico da norma ou, na súa falta, vir dotada dunha estrutura que permita inferir, directa ou indirectamente, pero sen especial dificultade, a súa vocación ou pretensión de básica.

A estes conceptos material e formal responde a Lei de bases de réxime local, caracterizada polo lexislador no seu preámbulo como “norma institucional básica dos entes locais”, utilizando unha expresión análoga á empregada polo artigo 147.1 da Constitución para definir os estatutos de autonomía: “serán a norma institucional básica de cada comunidade autónoma”, engade o preámbulo: “esa norma desenvolve a garantía constitucional da autonomía local, función ordenamental que, ao estarlle reservada ou, o que é igual, vedada a calquera outra norma, presta á súa posición no ordenamento no seu conxunto unha “vis” (forza) específica, malia a súa condición formal de lei ordinaria”.

2.2.2. O principio constitucional da autonomía local.

Se até aquí se analizou a repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de réxime local, nos termos xa definidos para esta expresión, a propia Constitución limita a dita repartición blindando as entidades locais cunha autonomía que a lexislación estatal e autonómica non poden superar. Analízase, neste momento, a autonomía das entidades locais na Constitución, como límite da repartición de competencias entre o Estado e as comunidades nesta materia.

A Constitución proclama que os municipios, as provincias e, se for o caso, as illas, gozarán de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses (artigos 140 e 141). Non basta, non obstante, unha mera declaración -por solemne que sexa- para institucionalizar a situación desexada, senón que o mandato constitucional precisa para a súa efectividade que se dea unha serie de requisitos ou circunstancias. Cumprido o da personificación, é dicir, a atribución de personalidade xurídica plena a tales entes locais territoriais, a garantía da súa proclamada autonomía debe descansar, ao noso entender, en tres piares fundamentais:

a) O primeiro, de carácter subxectivo, constituírao a independencia dos membros das corporacións locais fronte a calquera outro poder, no que se refire á súa elección,

mantemento no cargo durante o período de mandato e forma do seu exercicio, pois se concelleiros, alcaldes, deputados provinciais e presidentes de deputación recibisen o seu mandato non do pobo soberano senón dos órganos do Estado ou da comunidade autónoma correspondente, ou puidesen ser desposuídos del polos ditos órganos centrais ou autonómicos ao seu capricho, serían estes, en definitiva, os que verdadeiramente controlarían a actuación das respectivas corporacións, baixo a latente ameaza do cesamento daqueles dos seus membros que se opuxesen ou desobedecesen.

b) O segundo pilar ou fundamento básico, de carácter material e obxectivo, consiste na clara determinación das competencias do ente, xa que se este puidese chegar a ser desposuído de todas ou da maior parte delas polos de maior ámbito territorial, cabería o risco de que chegase a quedar baleiro de contido, e perdería a súa pretendida autonomía.

c) E o último requisito, de tipo instrumental, radica na suficiencia dos medios económicos necesarios para o cumprimento dos seus fins, pois a carencia ou insuficiencia de tales medios -que foi o problema secular da Administración local española, aínda non resolto satisfactoriamente- limitaría en gran maneira as súas posibilidades de actuación, que desta forma quedaría subordinada aos condicionamentos que determinasen imporlle os entes que virían suplir tales carencias (artigo 142 CE).

O tema da autonomía local foi formulado por unha obra de Luciano Parejo Alfonso, no marco do que se denomina garantía institucional da autonomía local. Pártese da teoría xeral das garantías institucionais elaborada polos xuristas alemáns e, en especial, Carl Schmitt.

Esta doutrina é froito dun proceso de interpretación constitucional, cuxas fases son a identificación dentro da norma fundamental dunhas estruturas específicas e a asignación a suxeitos ou institucións de determinadas funcións e papeis no sistema total da Constitución, de forma que a supresión ou baleiramento destas institucións estaría vedada ao lexislador ordinario.

Para o autor, a garantía institucional da autonomía local vén expresada no artigo 137 da Constitución, e o seu contido nuclear-indispoñible polo lexislador ordinario é o seguinte:

a) A permanencia da institución do autogoberno local como principio construtivo do

ordenamento infraconstitucional local, que exige:

- A organización territorial do Estado sobre a base das entidades municipais e provinciais como instancias territoriais administrativas inferiores.

- A atribución do goberno e a Administración desas entidades aos concellos, caso dos municipios, e ás deputacións, cabidos e consellos ou outras corporacións, caso das provincias e illas.

b) O respecto por parte do ordenamento infraconstitucional local (Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, e leis de desenvolvemento do réxime local aprobadas polas comunidades autónomas) do contido esencial outorgado pola Constitución á institución da autonomía local, que reconduce á consideración dos entes locais como poderes públicos administrativos e administracións públicas dotadas das potestades regulamentarias, de autoorganización de persoal e financeira e tributaria.

c) A necesaria atribución aos entes locais de competencias administrativas en cantas materias teñan incidencia nos intereses municipais e provinciais.

Por último, o Tribunal Constitucional sentou doutrina sobre a materia en sentenzas como a do 2 de febreiro de 1981, en que se perfilan algúns trazos da autonomía local.

-Partindo da concepción do Estado como «organización complexa» que reflicte o título VIII da Constitución, a autonomía sería «un principio xeral da organización do Estado» e, como todos os principios xerais do dereito, incluído na Constitución.

-«A autonomía fai referencia a un poder limitado... autonomía non é soberanía... e dado que cada organización territorial dotada de autonomía é unha parte do todo, en ningún caso o principio de autonomía pode oporse ao de unidade, senón que é precisamente dentro deste onde alcanza o seu verdadeiro sentido, como expresa o artigo 2 da Constitución».

-As comunidades autónomas serían entidades dotadas dunha autonomía «cualitativamente superior á administrativa», propia das entidades locais territoriais.

-A Constitución, no artigo 137, circunscribibe o principio á xestión dos seus respectivos intereses, «o que exige que se dote cada ente de todas as competencias propias e exclusivas que sexan necesarias para satisfacer o respectivo interese».

-«Agora ben, concretar este interese con relación a cada materia non é fácil e, en ocasións, só se pode chegar a distribuír a competencia sobre ela en función do interese predominante, pero sen que isto signifique un interese exclusivo que xustifique unha competencia exclusiva na orde decisoria». Con outras palabras, non haberá, en moitas ocasións, competencias exclusivas decisorias porque tampouco os intereses serán exclusivos, senón concorrentes ou compartidos, máis ou menos prevalentes, segundo as circunstancias do caso concreto.

-“En fin, será a lei a que concrete «o principio de autonomía de cada tipo de ente, de acordo coa Constitución».

-Como consecuencia do principio de unidade e da supremacía do interese xeral, a Constitución prevé a necesidade de que «o Estado quede colocado nunha posición de superioridade», tanto en relación coas comunidades autónomas (artigos 150.3 e 155 entre outros, da Constitución) como cos entes locais (artigos 148.1.2.º; 149.1.18).

-«Posición de superioridade que permite afirmar... que o principio de autonomía é compatible coa existencia dun control de legalidade sobre o exercicio da competencia»; control de legalidade que pode exercer, respecto de municipios e provincias, tanto a Administración do Estado como as comunidades autónomas. Agora ben, a autonomía quedaría afectada se a decisión correspondente á xestión dos respectivos intereses «fose obxecto dun control de oportunidade» (salvo excepción fundada no interese xeral).

-A autonomía «non a garante a Constitución -como é obvio- para incidir de forma negativa sobre os intereses xerais da Nación ou noutros intereses xerais distintos dos propios da entidade, polo que nestes supostos a potestade do Estado non se pode declarar contraria á Constitución, máxime cando este principio de limitación da autonomía se reflicte de forma expresa na propia Constitución -artigo 155- en relación coas comunidades autónomas».

-A Constitución non garante a autonomía económico-financiera no sentido de dispor de medios propios, senón que dispón que estes medios deben ser suficientes, pero non na súa totalidade propios. Débese aplicar o principio constitucional de defensa do patrimonio do Estado e demais entes públicos fronte aos seus administradores. Son posibles nesta materia os controis de oportunidade sempre que sexan proporcionados para a defensa,

como en supostos de actos de disposición.

E para finalizar estas referencias ao principio constitucional de autonomía local, tal e como vén configurado na interesante Sentenza do Tribunal Constitucional do 2 de febreiro de 1981, unha mención ao número 10 dos fundamentos xurídicos, en relación cos artigos 94.1 e 96 da Lei de réxime local, que se refiren ao réxime especial da Carta, orgánico e económico.

O Tribunal Constitucional entende que «a aprobación da Carta polo Goberno non se pode considerar oposta á Constitución, xa que a autonomía garantida para a xestión dos respectivos intereses non parece que teña que comprender o poder dotarse dun goberno e administración ou dun réxime económico distinto do previsto con carácter xeral pola lei, sen control ningún».

2.2.3. Referencia á Carta Europea de Autonomía Local.

A distribución constitucional de competencias en materia de réxime local e o límite ou “garantía” constitucional imposto polo principio da autonomía local quedaría incompleto sen facer unha referencia, aínda que sexa breve, á Carta Europea de Autonomía Local. A Carta é un convenio internacional singular, o único que incide de forma inmediata sobre a organización dun nivel territorial de poder dentro dos estados signatarios, cunha transcendencia xurídica e política crecente, froito da súa decidida vocación de se converter na verdadeira «Constitución da autonomía local no continente europeo».

O xerme orixinario da Carta Europea de Autonomía Local encóntrase na creación, o 27 de setembro de 1952, dunha Comisión de Asuntos Municipais e Rexionais, que frutifica definitivamente coa apertura do Convenio á sinatura dos estados membros o día 15 de outubro de 1985 en Estrasburgo, dentro do contexto da actuación do Consello de Europa no seu intento de «realizar unha unión máis estreita entre os seus membros para salvagardar e promover os ideais e os principios que constitúen o patrimonio común e favorecer o seu progreso económico e social», identificando Europa con municipio e con democracia.

Ten a condición e rango de lei estatal en atención ao criterio do artigo 96 da Constitución, e como tal lei estatal intégrase, xunto coa Lei 7/1985, do 2 de abril, no bloque de

legalidade estatal constitutiva da denominada “normativa de cabeceira” do ordenamento interno local asegurando e concretando, en todo o territorio estatal, un mínimo común da autonomía que a Constitución, como se viu, garante ás entidades locais.

Aínda que España ratificou a Carta case na súa totalidade, efectúa unha única reserva: non se considera vinculada polo artigo 3.2º da Carta, na medida en que o sistema de elección directa nela previsto debe ser posto en práctica na totalidade das colectividades locais incluídas no seu ámbito de aplicación. Esta previsión diríxese especialmente a salvagardar o tradicional sistema de elección indirecta dos membros electivos das deputacións de réxime común.

A Carta articúlase arredor dun preámbulo e 17 artigos que se integran en tres partes.

O preámbulo presenta especial interese, xa que se establece unha nítida conexión entre a autonomía local e a noción de lexitimidade democrática. Declárase expresamente que «as entidades locais son un dos principais fundamentos dun réxime democrático», cuxos principios son comúns a todos os Estados membros de Europa, e unha das súas manifestacións é, precisamente, o dereito dos cidadáns a participar na xestión dos asuntos públicos, dereito que no nivel local «pode ser exercido máis directamente» mediante entidades locais investidas de competencias efectivas que permiten «unha administración á vez eficaz e próxima ao cidadán».

Esta declaración esta intimamente conectada, por unha parte, co dereito recoñecido no artigo 23.1º da Constitución e o seu reflexo nos artigos, 140 e 141 do mesmo texto, pero, ademais, cos criterios delimitadores de competencias que enuncia o artigo 2 da Lei 7/1985, de bases do réxime local. Outro dos principios esenciais da Carta é o principio de subsidiariedade ou, se se prefire, de proximidade. E é que a democracia para ser efectiva e non puramente nominal require proxectarse sobre un ámbito importante de políticas que deben achegarse aos cidadáns por medio do principio de subsidiariedade.

A parte primeira da Carta, integrada por 11 artigos, aborda o fundamento constitucional da autonomía local, o seu concepto e alcance, a protección dos límites territoriais das entidades locais, a adecuación das súas estruturas e medios administrativos ás súas funcións, as condicións do exercicio das responsabilidades a nivel local, o control administrativo dos actos das entidades locais, os seus recursos financeiros, o dereito de

asociación das entidades locais e a protección legal da autonomía local. Máis concretamente:

O artigo 2 aborda o fundamento constitucional e legal da autonomía local e exige que o dito principio estea recoñecido na lexislación interna e, a ser posible, na Constitución.

O artigo 3.1º define a autonomía local como o dereito e a capacidade efectiva das entidades locais de ordenar e xestionar unha parte importante dos asuntos públicos, no marco de lei, baixo a súa responsabilidade e en beneficio dos seus habitantes. O seu parágrafo 2º consagra o principio democrático da autonomía local, e sinala que “este dereito é exercido por asembleas ou consellos integrados por membros elixidos por sufraxio libre, secreto, igual, directo e universal e que poden dispor de órganos executivos responsables ante eles mesmos. Esta disposición non causará prexuízo ao recurso ás asembleas de veciños, ao referendo ou a calquera outra forma de participación directa dos cidadáns, alí onde estea permitido pola lei”.

O artigo 4 dedícase ao alcance da autonomía local, consagrando o principio de subsidiariedade ou de proximidade.

O artigo 9 da Carta está dirixido aos recursos financeiros das entidades locais e nel, entre outros aspectos, recóllense os principios de suficiencia e de autonomía financeira. Polo que se refire ao primeiro, sinala o dereito destas entidades a ter recursos propios suficientes que, ademais, deben ser proporcionais ás competencias previstas pola Constitución ou pola lei. Plasma, ademais, un principio de autonomía financeira que se manifesta tanto na vertente dos gastos como dos ingresos, e consagra o carácter predominantemente non finalista das subvencións que perciban doutras administracións.

Finalmente, o artigo 11 diríxese á protección legal da autonomía local e dispón que «as entidades locais deben dispor dunha vía de recurso xurisdiccional co fin de asegurar o libre exercicio das súas competencias e o respecto aos principios de autonomía local consagrados na Constitución ou na lexislación». É, por tanto, unha previsión esencial xa que o recoñecemento formal da autonomía local no ordenamento xurídico de nada serviría se non vai acompañada dunha vía xurisdiccional para protexela e defender o seu ámbito competencial fronte a outras instancias superiores.

A parte segunda, artigos 12 a 14, refírese aos compromisos dos signatarios para a súa aplicación e comunicación de informacións ao respecto á Secretaría Xeral do Consello de Europa.

A parte terceira, artigos 15 a 17, contén estipulacións sobre forma, ratificación, entrada en vigor, modificación dos territorios, denuncia e notificación destes actos á Secretaría Xeral da Organización.

2.3. A repartición de competencias en materia de facenda local

Enténdese por facenda local o réxime orzamentario e de recursos financeiros das entidades locais. O título VIII TRRL refundiu as disposicións vixentes na materia, contidas, entre outras, no Decreto 3250/1976. Posteriormente, foi derogado pola Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais, e esta última polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de facendas locais (TRLFL, no sucesivo).

Interesa destacar os títulos que habilitan o Estado para ditar esta norma, concretamente, se a atribución competencial é exclusiva ou básica, pois disto dependerá o espazo normativo autonómico. Ao abeiro do artigo 1.1 da citada lei, na interpretación dada pola STC 233/99, do 13 de decembro (FX 4º) os títulos son os seguintes:

- Respecto do sistema tributario local e da participación nos tributos do Estado, o título é o do artigo 149.1.14, referido á «Facenda xeral», que ten o carácter de lexislación reservada en exclusiva ao Estado.
- O resto dos preceptos ten o carácter de bases do réxime xurídico das administracións públicas, ao abeiro do artigo 149.1.18 CE.

O FX 4 da STC citada di: «O artigo 1.1 LFL, a pesar do seu confuso teor, é plenamente conforme a CE, pois... atribúe, con carácter xeral, «a consideración de bases do réxime xurídico financeiro da Administración local, ditadas ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución, [a] os preceptos contidos na lei», coas excepcións que se fan a continuación, «todo isto sen prexuízo das competencias exclusivas que corresponden ao Estado en virtude do disposto no artigo 149.1.14 da Constitución». Así, as excepcións mencionadas, que afectan os preceptos «que regulan o sistema tributario local», os cales se entenden

ditados, segundo o teor da norma, en virtude do disposto nos artigos 133 CE e 5 E) a) da Lei 7/1985, e «os que desenvolven as participacións nos tributos do Estado», con base no artigo 142 CE, en nada modifican o réxime de distribución competencial a que acabamos de facer referencia, ao non establecer títulos competenciais distintos dos dous anteriormente mencionados. En efecto, os artigos 133 e 142 CE non constitúen en si mesmos título competencial ningún a favor do Estado, senón que presupoñen a competencia estatal sobre a materia en virtude dos títulos do artigo 149.1 CE indicados. Igualmente, ningunha relevancia posúe tampouco a mención que o artigo 1.1 LFL fai do artigo 5 E) a) da Lei 7/1985, declarado inconstitucional pola STC 214/1989".

Polo tanto, as comunidades autónomas con competencia para isto poderán desenvolver os preceptos que teñan o carácter de básicos e, en materia tributaria, só poderán desenvolver as facultades que a propia lei de facendas locais lles atribúe.

2.4. A repartición en materia de urbanismo e na configuración do dereito de propiedade do solo

A repartición de competencias entre o Estado e as comunidades foi tremendamente conflitiva en sede do Tribunal Constitucional, pola tanxencialidade dos títulos competenciais dun e doutras. Así, mentres a ordenación do territorio, urbanismo e vivenda é unha competencia prevista en exclusiva para as comunidades autónomas no artigo 148.1.3 CE, ao Estado correspóndelle regular as condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais (artigo 149.1.1) e a lexislación civil (149.1.8).

No artigo 25.2.a) LBRL recóllese que o municipio exercerá, en todo caso, como competencias propias nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas, nas seguintes materias:

a) Urbanismo: planeamento, xestión, execución e disciplina urbanística. Protección e xestión do patrimonio histórico. Promoción e xestión da vivenda de protección pública con criterios de sustentabilidade financeira. Conservación e rehabilitación da edificación.

Polo tanto, ben que se reserva ao Estado a competencia para regular o dereito de propiedade, o urbanismo, competencia das comunidades autónomas, regula o dereito da

propiedade do solo, e os municipios aproban os seus propios plans de ordenación urbana, con suxeición á normativa estatal e autonómica, configurando definitivamente o dereito da propiedade do solo no seu termo municipal.

O fito na correcta interpretación deste repartición de competencias márcalo a STC 61/97, do 20 de marzo, que declarou a inconstitucionalidade de numerosos preceptos do texto refundido da Lei do solo de 1992, sobre o fundamento de que a materia de urbanismo é competencia das comunidades autónomas, deixando ao Estado a regulación das «condicións básicas» que garantan o principio de igualdade. E, esencialmente, con ela reforzáronse, sen dúbida ningunha, as competencias legislativas das comunidades autónomas nesta materia, e empezaron a aparecer numerosas leis autonómicas que tratan de regular o que antes competía ao Estado, para evitar baleiros normativos pero, en ocasións, de forma precipitada, xenérica e sen ter en conta as peculiaridades territoriais que exixen normativa adecuada.

Para entender o vixente réxime do dereito da propiedade do solo e a súa relación co urbanismo, é preciso expor os seguintes antecedentes normativos:

En primeiro lugar, a Lei do solo de 1956, que foi a primeira norma que atribuíu ao propietario privado do solo no noso país unha situación estatutaria, é dicir, que ten os dereitos e deberes que lle reconece o ordenamento xurídico en cada momento, limitado pola función social do dereito de propiedade, lonxe, por tanto, do poder absoluto que confería o dereito romano ao dereito de propiedade.

Esta lei foi derogada pola Lei de 1975 e o texto refundido da Lei do solo de 1976, tamén cunha formulación estatutaria do dereito de propiedade do solo. En 1978 entra en vigor a Constitución española, que fai unha repartición da competencia legislativa entre o Estado e as comunidades autónomas, de forma que o urbanismo se atribúa ás recentemente nacidas comunidades autónomas.

O desenvolvemento legislativo polas CCAA é reducido en materia urbanística, non así o do Estado, que aproba a Lei 8/1990, que modifica profundamente o TRLS 1976 e autoriza o Goberno para que aprobe un texto refundido das normas vixentes, o que dá orixe ao Real decreto legislativo 1/1992, do 26 de xuño.

Varias CCAA interpoñen recurso de inconstitucionalidade contra estas normas, o cal se resolve coa importante e complexa Sentenza 61/1997, do 20 de marzo, que declara a inconstitucionalidade das dúas terceiras partes do Real decreto lexislativo 1/1992, por entender que o seu contido, de natureza estritamente urbanística, lle está vetado ao Estado (polo título competencial do artigo 148.3 CE que reserva tal competencia ás comunidades autónomas), nin sequera a título de lexislación supletoria para as numerosas CCAA que non exerceran a súa iniciativa lexislativa na materia.

Declara vixentes aqueles preceptos que se refiren ao estatuto básico da propiedade urbana, competencia reservada ao Estado en virtude do artigo 149.1.1 e 18. Este estatuto comprende:

- Dereitos e deberes dos propietarios de cada tipo de solo.
- Réxime de valoracións.
- Expropiación forzosa derivada da actividade urbanística
- Responsabilidade patrimonial derivada da actividade urbanizadora.

Tras este ditame do Tribunal Constitucional, as CCAA vense obrigadas a legislar as súas propias leis urbanísticas e o Estado aproba a Lei 6/1998, do 13 de abril, Lei estatal do solo, de menos de 50 artigos, limitados aos seus títulos competenciais, e de corte liberalizador pois intenta sacar a maior parte do solo ao mercado para abaratar o seu prezo.

Posteriormente, esta norma é derogada pola Lei 8/2007, do 28 de maio, proceso que se completa co vixente texto refundido desta norma e os preceptos que quedaron vixentes do TRLS 1/1992: o Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño. É o modelo actualmente vixente é de carácter máis intervencionista por canto trata de protexer o solo por ser un recurso escaso e non substituíble e favorece un desenvolvemento máis sustentable en que se aposta por un modelo de cidade compacta. Ademais, trata de estirar algúns títulos competenciais estatais indirectos esquecidos pola STC 61/1997, o cal motivou a interposición de diversos recursos de inconstitucionalidade por algunhas CCAA, os cales están pendentes de resolver.

Desta forma, a prelación normativa do réxime do dereito de propiedade xorde da seguinte

orde:

1º Texto refundido da Lei do solo estatal, Real decreto legislativo 2/2008

2º Lei propia de cada comunidade autónoma e regulamentos de desenvolvemento.

3º Normativa supletoria: TRLS 1976 e o seu regulamento de 1978 (149.3 CE).

Os feitos descritos condénsanse no artigo 7 do Real decreto legislativo 2/2008, titulado “Réxime urbanístico do dereito de propiedade do solo”, nos seguintes termos:

“1. O réxime urbanístico da propiedade do solo é estatutario e resulta da súa vinculación a concretos destinos, nos termos dispostos pola lexislación sobre ordenación territorial e urbanística.

2. A previsión de edificabilidade pola ordenación territorial e urbanística, por si mesma, non a integra no contido do dereito de propiedade do solo. A patrimonialización da edificabilidade prodúcese unicamente coa súa realización efectiva e está condicionada, en todo caso, ao cumprimento dos deberes e ao levantamento das cargas propias do réxime que corresponda, nos termos dispostos pola lexislación sobre ordenación territorial e urbanística”.

2.5 A repartición en materia do patrimonio das entidades locais.

O patrimonio das entidades locais está constituído polo conxunto de bens, dereitos e accións que lles pertencen.

O artigo 149.1 da Constitución establece que o Estado ten competencia exclusiva sobre (...) “número 18: As bases do réxime xurídico das administracións públicas” e “número 23: A lexislación básica sobre montes, aproveitamentos forestais e vías pecuarias”.

Pola súa parte, o artigo 148.1 CE permite que as comunidades autónomas asuman competencias, vía estatutos, en materia de montes e aproveitamentos forestais (nº 8), ademais de ampliar as súas competencias dentro do marco establecido no artigo 149, transcorridos 5 anos desde a súa constitución. En todo caso, aplicarase o dereito estatal de conformidade co artigo 149.3 CE.

Pois ben, ao abeiro dos anteriores títulos competenciais, a repartición do “pastel legislativo” quedou, de feito, como segue:

A lexislación básica do Estado en materia de réxime local é a aprobada pola Lei 7/1985, do 2 de abril. A Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, contén, pola súa vez, preceptos básicos ditados ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución e preceptos de aplicación xeral, ao abeiro dos títulos competenciais previstos nos números 6º, 8º, 17º e 18 do citado artigo 149.1 da Constitución –DD 2ª. O TRRL recolle a materia nos artigos 74 a 87, “inferíndose o carácter básico dos seus preceptos segundo dispoña a lexislación estatal vixente naquelas” (disposición derradeira sétima TRRL).

Dado que a aprobación da Lei 33/2003 é posterior ás outras normas locais, e tendo en conta o carácter básico ou xeral dalgúns dos seus preceptos, que supoñen a aplicación desta ás entidades locais –artigo 2, ámbito de aplicación-, e a definición do obxecto que a mesma lei predica de si mesma no artigo primeiro “establecer as bases do réxime patrimonial das administracións públicas e regular, de conformidade co disposto no artigo 132 da Constitución, a administración, defensa e conservación do Patrimonio do Estado” deben aplicarse preferentemente estes artigos á hora definir o réxime xurídico dos bens das entidades locais.

O Real decreto 1373/2009, do 28 agosto, aprobou o Regulamento de Lei do patrimonio das administracións públicas 2003, sendo de aplicación no ámbito do réxime xurídico patrimonial da Administración xeral do Estado e dos seus organismos públicos, excepto os que se ditan ao abeiro da competencia estatal en materia de dereito civil, que son de aplicación xeral: os artigos 14, número 1, 49 e 53, referidos ao contido e requisitos da certificación administrativa para a inscrición dun ben ou a cancelación ou rectificación dunha inscrición no Rexistro da propiedade; e os que son normativa básica: o artigo 46.1 sobre os deberes de inscrición e depuración dos bens inmobles e dereitos inscritos no rexistro da propiedade; artigo 48, que regula os casos en que procede a regularización catastral, e o 68, número 2, sobre o exercicio da recuperación da posesión (en desenvolvemento dos artigos 36.1 e 55 LPAP).

Pois ben, con respecto á normativa estatal básica ou plena, as comunidades autónomas poden regular o patrimonio das entidades locais.

2.6. Repartición de competencias noutros sectores de actividade.

Sen ánimo de esgotar todos os sectores da actividade administrativa das entidades locais, trátanse a continuación algúns dos máis representativos da actividade local.

2.6.1. Ambiente.

O artigo 149.1.23 reserva ao Estado a lexislación básica sobre protección do ambiente, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de establecer normas adicionais de protección.

E o artigo 148.1.9 reserva ás comunidades autónomas a xestión en materia de protección do ambiente, título que debe pórse en relación co xa analizado de ordenación do territorio, urbanismo e vivenda (148.1.3).

O artigo 25.2 LBRL recolle

O municipio exercerá en todo caso como competencias propias, nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas, nas seguintes materias:

b) Ambiente urbano: en particular, parques e xardíns públicos, xestión dos residuos sólidos urbanos e protección contra a contaminación acústica, lumínica e atmosférica nas zonas urbanas.

2.6.2. Tráfico e de circulación de vehículos de motor

A competencia exclusiva outórgase ao Estado, en materia de tráfico e de circulación de vehículos de motor, no artigo 149.1.21 da Constitución.

O artigo 25.2. g) da LBRL 7/1985 dispón que o municipio exercerá, en todo caso como competencias propias, nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas, nas seguintes materias: tráfico, estacionamento de vehículos e mobilidade. Transporte colectivo urbano.

2.6.3 Seguridade pública.

Reserva para o Estado a competencia exclusiva seguridade pública, sen prexuízo da posibilidade de creación de policía polas comunidades autónomas na forma que se estableza nos respectivos estatutos no marco do que dispoña unha lei orgánica (artigo 149.1.29 CE); e a defensa e as Forzas Armadas (149.1.4). Esta reserva materializouse na

Lei orgánica 2/1986, do 13 de marzo, de corpos e forzas de seguridade, e Lei orgánica 1/1992, do 21 de febreiro, de protección da seguridade cidadá.

Resérvase para as comunidades autónomas a competencia para a vixilancia e protección dos seus edificios e instalacións e a coordinación e demais facultades en relación coas policía locais nos termos que estableza unha lei orgánica (artigo 148.1.22 CE). Algunhas comunidades autónomas crearon as súas policía autonómicas e aprobaron leis de coordinación coas policía locais.

A LBRL 7/1985 dispón que os municipios teñen, como competencia propia, a policía local, protección civil, prevención e extinción de incendios.

2.6.4. Educación

A educación é un dereito fundamental garantido constitucionalmente, polo que as súas condicións esenciais están reservadas á Lei orgánica (artigos 27.1, 53 e 81 CE), exixencia que se materializou coa Lei orgánica 8/1985, do 3 de xullo, reguladora do dereito á educación (LODE).

A repartición de competencias figura no artigo 149.1.3 para o Estado, que lle reserva a regulación das condicións de obtención, expedición e homologación de títulos académicos e profesionais e normas básicas para o desenvolvemento do artigo 27 da Constitución, a fin de garantir o cumprimento das obrigacións dos poderes públicos nesta materia.

Para as comunidades autónomas, o artigo 148.1.17 reserva o fomento da cultura, da investigación e, se for o caso, do ensino da lingua da comunidade autónoma.

Non obstante o anterior, a maioría das competencias en materia de educación están transferidas ás comunidades autónomas por medio de Lei orgánica de transferencia de competencias (artigo 155 CE).

A Lei 7/1985, artigo 25.2, recolle como competencia propia municipal, participar na vixilancia do cumprimento da escolaridade obrigatoria e cooperar coas administracións educativas correspondentes na obtención dos predios necesarios para a construción de novos centros docentes. A conservación, mantemento e vixilancia dos edificios de titularidade local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria ou de educación especial.

2.6.5. Deporte.

Resérvase para as comunidades autónomas no artigo 149.1.19 a competencia exclusiva para a promoción do deporte e da adecuada utilización do lecer. Non hai unha reserva similar para o Estado, pero recoñéceselle para certos aspectos do deporte noutros títulos transversais (planificación, igualdade etc.), o que se plasma na Lei 10/1990, do 15 de outubro, do deporte.

A LBRL 7/1985 dispón que os municipios exerzan competencias propias en promoción do deporte e instalacións deportivas e de ocupación do tempo libre.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO

INTERVENTOR-TESOUREIRO E SECRETARIO-INTERVENTOR DA ADMINISTRACIÓN LOCAL

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Dir), Comentarios a la Constitución Española, Fundación Wolters Kluwer, (Las Rozas) Madrid, 2008.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir), Tratado de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., Garantía Institucional y Autonomías locales, Madrid, I.E.A.L., 1981.

RIVERO YSERN, J. L. Manual de Derecho Local, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010.

AA VV, Nuevo Régimen Local, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2010.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO, Administración local, 2 volúmenes, editorial ENEGA

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (en colaboración), Derecho Constitucional, 2 volúmenes, editorial Tecnos

TEMA 17

CONFLITOS CONSTITUCIONAIS, CONFLITOS DO ESTADO COAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS OU DESTAS ENTRE SI. CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE ÓRGANOS DO ESTADO. CONFLITOS EN DEFENSA DA AUTONOMÍA LOCAL. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIÓNS E RESOLUCIÓNS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

TEMA 17. CONFLITOS CONSTITUCIONAIS, CONFLITOS DO ESTADO COAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS OU DESTAS ENTRE SI. CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE ÓRGANOS DO ESTADO. CONFLITOS EN DEFENSA DA AUTONOMÍA LOCAL. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIÓNS E RESOLUCIÓNS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Conflitos constitucionais.

A Constitución española, no artigo 161, regula a competencia do Tribunal Constitucional para coñecer *“dos conflitos de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas ou dos destas entre si”*.

Este precepto complementase co previsto no artigo 59 da LOTC, no cal se indica que:

“1. O Tribunal Constitucional entenderá dos conflitos que xurdan sobre as competencias ou atribucións asignadas directamente pola Constitución, os estatutos de autonomía ou as leis orgánicas ou ordinarias ditadas para delimitar os ámbitos propios do Estado e das comunidades autónomas e que opoñan:

a) O Estado cunha ou máis comunidades autónomas.

b) Dúas ou máis comunidades autónomas entre si.

c) O Goberno co Congreso dos Deputados, co Senado ou co Consello Xeral do Poder Xudicial; ou calquera destes órganos constitucionais entre si.

2. O Tribunal Constitucional entenderá tamén dos conflitos en defensa da autonomía local que formulen os municipios e provincias fronte ao Estado ou a unha comunidade autónoma.

Como se pode apreciar, a LOTC regula, nas súas alíneas a e b do número 1 do precepto citado, os conflitos de competencias expresamente recollidos no artigo 161.1 c). Os previstos na alínea c do número 1 e no número 2 non aparecen previstos na Constitución, polo que a LOTC os desenvolve de acordo coa previsión que contén o artigo 161 d) da CE, en virtude do cal o Tribunal Constitucional ten competencias para coñecer das *“demais materias que lle atribúan a Constitución e as leis orgánicas”*.

O chamado conflito en defensa da autonomía local que se regula no número 2 do artigo 59 da LOTC foi introducido polo artigo único.4 da Lei orgánica 7/1999, do 21 abril.

Conflitos do Estado coas comunidades autónomas ou destas entre si.

I) Regras xerais.

Esta materia aparece regulada no capítulo II do título IV da LOTC, regulación que comprende todos os conflitos que poden xurdir entre o Estado e as comunidades autónomas ou destas entre si.

A LOTC distingue entre os conflitos positivos e negativos. Os primeiros son aqueles en que as entidades correspondentes pretenden atribuírse o exercicio da competencia e os negativos son os que xorden por instancia dunha parte lexitimada ou dos particulares, cando as dúas institucións ou órganos implicados declinan o coñecemento da competencia.

Tamén hai, como veremos, certas peculiaridades canto ao réxime xurídico, cando o conflito o formula o Estado.

A LOTC regula de forma conxunta tanto a lexitimación como o obxecto destes recursos.

A) Lexitimación.

Respecto á lexitimación o artigo 60 establece que:

"Os conflitos de competencia que opoñan o Estado cunha comunidade autónoma ou estas entre si poderán ser suscitados polo Goberno ou polos órganos colexiados executivos das comunidades autónomas, na forma que determinan os artigos seguintes. Os conflitos negativos poderán ser instados tamén polas persoas físicas ou xurídicas interesadas."

B) Obxecto.

O artigo 61 establece o obxecto dos conflitos e prevé dous supostos, ao dispor que *"poden dar lugar á formulación dos conflitos de competencia:*

As disposicións, resolucións e actos emanados dos órganos do Estado o dos órganos das comunidades autónomas" (conflito positivo).

"Ou a omisión de tales disposicións, resolucións ou actos" (conflito negativo).

O obxecto que a lei sinala suscita o problema do deslindamento destes procedementos respecto a posibles recursos contencioso-administrativos en que tamén se impugnen actos ou disposicións. Non hai ningunha dúbida de que os actos, disposicións ou resolucións poden ser impugnados ante a xurisdición contencioso-administrativa e invocar calquera vicio de legalidade ou calquera infracción do ordenamento xurídico. É, unha vez máis, o artigo 59 da LOTC o que nos sinala cando o conflito se pode suscitar ante o Tribunal Constitucional: cando esteamos ante unha disputa sobre a competencia atribuída pola Constitución ou por unha lei. Neste sentido, a STC 88/1989, do 11 de maio, declarou que:

"O conflito positivo de competencia é un proceso constitucional singular e específico do que debe coñecer este tribunal en exclusiva, para dirimir a titularidade das competencias que dous entes pretenden posuír un fronte a outro, polo que a súa especial natureza faino alleo á equiparación co proceso contencioso-administrativo (...) na determinación dos actos contra os que se recorreu nel, que teñen outras finalidades distintas» -STC 143/1985, do 24 de outubro, fundamento xurídico 6.º (RTC 1985\143).

A identidade do conflito positivo de competencia radica na existencia entre dous entes, Estado e comunidade autónoma ou comunidades autónomas entre si, dunha controversia

formulada, con motivo dunha disposición, resolución ou acto, en relación coa titularidade de competencias «asignadas directamente pola Constitución, os estatutos de autonomía ou as leis orgánicas ou ordinarias ditadas para delimitar os ámbitos propios do Estado e as comunidades autónomas» (art. 59 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional), obxecto procesual ao cal, como xa sinalamos na STC 1/1986, do 10 de xaneiro, fundamento xurídico 1.º (RTC 1986\1), se adecua a sentenza que pronuncia o Tribunal, na cal, como contido necesario, se declarará «a titularidade da competencia controvertida» (art. 66 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional)»

Tamén se regulan, con carácter xeral, os efectos que produce a formulación do conflito tanto desde un punto de vista procedemental como substantivo, para o suposto de que esa mesma cuestión estea formulada ante outro tribunal, pensando na posibilidade de que poidan existir conflitos constitucionais e recursos contencioso-administrativos sobre a mesma materia.

Sobre tal particular, os números 2 e 3 do artigo 61 establecen:

- *"Cando se formulase un conflito dos mencionados no artigo anterior con motivo dunha disposición, resolución ou acto cuxa impugnación estivese pendinte ante calquera tribunal, este suspenderá o curso do proceso ata a decisión do conflito constitucional."*

- *"A decisión do Tribunal Constitucional vinculará todos os poderes públicos e terá plenos efectos fronte a todos."*

Vexamos a seguir a regulación que contén a lei canto aos dous tipos de conflitos, os positivos e os negativos.

II.- Conflitos positivos.

A) Natureza.

Respecto á natureza deste procedemento, o Tribunal Constitucional destacou que se trata dunha modalidade de control preventivo que ten por finalidade *"prever posibles interpretacións contrarias á Constitución por parte de quen está chamado a aplicar disposicións delimitadoras de competencias."* (STC 13/1998).

A sentenza do Tribunal Constitucional 44/2007, do 1 de marzo, concreta este suposto desde dous puntos de vista:

- *"Respecto ao obxecto procesual dos conflitos constitucionais de competencia entre entes, que neste tipo de procesos non resulta indispensable que o ente que os formaliza reúna para si a competencia exercida por outro; abonda que entenda que unha disposición, resolución ou acto emanados desoutro ente non respecta a orde de competencias establecida no bloque da constitucionalidade e, no caso das comunidades autónomas, ademais, que tal disposición, resolución ou acto afecte o seu ámbito de autonomía condicionando ou configurando as súas competencias de forma que xulga contraria a esta orde competencial (entre outras, SSTC 11/1984 [RTC 1984, 11], 1/1986 [RTC 1986, 1], 104/1988 [RTC 1988, 104], 115/1991 [RTC 1991, 115] e 235/1991 [RTC 1991, 235]). Así pois, no ámbito procesual propio dos conflitos constitucionais de*

*competencia cabe, **non só a reivindicación da titularidade do acto controvertido, senón tamén a denuncia dos excesos no exercicio dunha competencia allea sempre que ese exceso vulnere o sistema de distribución de competencias deseñado no bloque da constitucionalidade.** Non obstante, segundo precisou o Tribunal Constitucional en resolucións posteriores (entre outras, STC 88/1989 [RTC 1989, 88], AATC 886/1988 [RTC 1988, 886 AUTO], 142/1989 [RTC 1989, 142 AUTO] e 357/1990 [RTC 1990, 357 AUTO]), non calquera pretensión que afecte a titularidade ou o exercicio dunha competencia se pode residenciar, sen máis, no proceso relativo aos conflitos constitucionais de competencia. Para iso requírense, entre outras condicións, que a controversia afecte a definición ou delimitación dos títulos competenciais en litixio e, máis exactamente, a **delimitación destes títulos contida na Constitución, os estatutos de autonomía** ou as leis do bloque da constitucionalidade que delimitan as competencias estatais e autonómicas.”*

- Tamén esta natureza de control preventivo determina que o conflito se poida suscitar aínda que se producise unha modificación normativa na norma atributiva da competencia, con tal de que se trate dun conflito competencial vivo. A mesma Sentenza 44/2007, do Tribunal Constitucional, sinala, sobre este particular, que: “*a controversia constitucional non pode quedar automaticamente enervada pola simple modificación das disposicións cuxa adopción deu orixe ao conflito, cando as partes demanden aínda unha determinación xurisdiccional das súas competencias que constate se se verificou ou non a extralimitación competencial denunciada. Por tanto, hai que fuxir de todo automatismo nos efectos que nos procesos de conflito caiba conceder ás modificacións sobrevidas das disposicións discutidas e ter en conta substancialmente a persistencia ou non da controversia competencial, isto é, a se a disputa sobre a titularidade competencial segue ou non viva entre as partes (entre outras, STC 147/1998, do 2 de xullo [RTC 1998, 147], F. 3).*”

B) Procedemento.

Canto ao procedemento pódense distinguir tres fases: a fase previa (requirimento), a suspensión da disposición ou o acto impugnado, a substanciación ou instrución e a fase resolutiva (sentenza).

B.1) O requirimento previo.

Neste tema a lexitimación é importante porque o réxime do requirimento é distinto se o conflito o formula o Estado que se o suscita a comunidade autónoma. No primeiro caso, o requirimento é potestativo; no segundo, preceptivo. En efecto:

- “Cando o **Goberno** considere que unha disposición ou resolución dunha comunidade autónoma no respecta a orde de competencia establecida na Constitución (RCL 1978, 2836), nos estatutos de autonomía ou nas leis orgánicas correspondentes, poderá formalizar directamente ante o Tribunal Constitucional, no prazo de dous meses, o conflito de competencia ou facer uso do requirimento previo regulado no artigo seguinte, todo iso sen prexuízo de que o Goberno poida invocar o artigo 161.2 da Constitución cos efectos correspondentes.” (artigo 62.1 da LOTC)

*"Cando o **órgano executivo superior dunha comunidade autónoma** considerase que unha disposición, resolución ou acto emanado da autoridade doutra comunidade ou do Estado non respecta a orde de competencias establecida na Constitución (RCL 1978, 2836), nos estatutos de autonomía ou nas leis correspondentes e sempre que afecte o seu propio ámbito, requirirá aquela ou este para que sexa derogada a disposición ou anulados a resolución ou o acto en cuestión."* (artigo 63.1 da LOTC).

O prazo e a forma ou contido do requirimento concréntanse nos números 2 e 3 do artigo 63 da LOTC:

"O requirimento de incompetencia poderase formular dentro dos dous meses seguintes ao día da publicación ou comunicación da disposición, resolución ou acto que se entendan viciados de incompetencia ou con motivo dun acto concreto de aplicación, dirixirse directamente ao Goberno ou ao órgano executivo superior doutra comunidade autónoma e darase conta igualmente ao Goberno neste caso."

"No requirimento especificaranse con claridade os preceptos da disposición ou os puntos concretos da resolución ou acto viciados de incompetencia, así como as disposicións legais ou constitucionais da cales o vicio resulte."

O órgano a que se dirixe o requirimento debe admitilo ou rexeitalo na forma e nos prazos que marca o artigo 63.4 da LOTC:

"O órgano requirido, se considera fundado o requirimento, deberá atendelo no prazo máximo dun mes a partir da súa recepción e comunicarllelo así ao requirente e ao Goberno, se este non actuase en tal condición. Se non o considerase fundado, deberá igualmente rexeitalo dentro do mesmo prazo, á finalización do cal se entenderán en todo caso rexeitados os requirimentos non atendidos."

B.2) Suspensión da disposición ou do acto impugnado.

Tamén neste caso o réxime xurídico é distinto segundo se quen recorre é o Estado ou unha comunidade autónoma.

O fundamento desta diferenciación dimana da propia Constitución que, no seu artigo 161.2, establece que: *"o Goberno poderá impugnar ante o Tribunal Constitucional as disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das comunidades autónomas. A impugnación producirá a suspensión da disposición ou resolución contra a cal se recorre, pero o Tribunal, de ser o caso, deberá ratificala ou levantala nun prazo non superior a cinco meses"*.

De acordo con esta previsión, cando é o Goberno quen formula o conflito, *"unha vez adoptada a decisión pola comunidade autónoma e con invocación do artigo 161.2 da Constitución (RCL 1978, 2836), a súa formalización comunicada polo Tribunal suspenderá inmediatamente a vixencia da disposición, resolución ou acto que dese orixe ao conflito."* (artigo 64.2 da LOTC); ben que, neste suposto *"se a sentenza non se producise dentro dos cinco meses desde a iniciación do conflito, o Tribunal deberá resolver dentro deste prazo, por auto motivado, sobre o mantemento ou levantamento da suspensión do acto,*

resolución ou disposición impugnados de incompetencia polo Goberno.” (artigo 65.2 da LOTC).

Porén, cando o conflito o formula unha comunidade autónoma, o réxime de suspensión é diferente:

“Nos restantes supostos, o órgano que formalice o conflito poderá solicitar do Tribunal a suspensión da disposición, resolución ou acto obxecto do conflito, invocando prexuízos de imposible ou difícil reparación, o Tribunal acordará ou denegará libremente a suspensión solicitada.” (artigo 64.3 da LOTC).

B.3) Instrución do procedemento.

O conflito fórmase cando o Goberno decide interpoñelo directamente no prazo de dous meses (artigo 62) ou, loxicamente, cando o requirimento non sexa atendido. Así o prevé o artigo 63.5 da LOTC:

“Dentro do mes seguinte ao da notificación do rexeitamento ou ao termo do prazo a que se refire o punto anterior, o órgano requirente, se non obtivo satisfacción, poderá interpoñer o conflito ante o Tribunal Constitucional, certificar o cumprimento infrutuoso do trámite de requirimento e alegar os fundamentos xurídicos en que este se apoia.”

As demais dilixencias de instrución do procedemento regúlanse nos artigos 64 e 65 da LOTC:

“No prazo de 10 días, o Tribunal comunicarlle ao Goberno ou órgano autonómico correspondente a iniciación do conflito, e sinalarse prazo, que en ningún caso será maior de 20 días, para que achegue cantos documentos e alegacións considere convenientes.” (artigo 64.1 da LOTC).

“A formulación do conflito iniciado polo Goberno e, de ser o caso, o auto do Tribunal polo que se acorde a suspensión da disposición, resolución ou acto obxecto do conflito serán notificados aos interesados e publicados no correspondente diario oficial polo propio Tribunal.” (artigo 64.4)

“O Tribunal poderá solicitar das partes cantas informacións, aclaracións ou precisións xulgue necesarias para a súa decisión e resolverá dentro dos 15 días seguintes ao termo do prazo de alegacións ou do que, de ser o caso, se fixar para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias antes aludidas.” (artigo 65.1 da LOTC).

B.4) Sentenza.

O artigo 66 da LOTC alude aos pronunciamentos que pode conter a sentenza en termos certamente amplos:

“A sentenza declarará a titularidade da competencia controvertida e acordará, de ser o caso, a anulación da disposición, resolución ou dos actos que orixinaron o conflito en canto estiveren viciados de incompetencia, e poderá dispoñer o que for procedente respecto das situacións de feito ou de dereito creadas ao abeiro dela.”

Finalmente, temos que aludir a unha regra de procedemento especial que se contén no artigo 67 da LOTC:

"Se a competencia controvertida fose atribuída por unha lei ou norma con rango de lei, o conflito de competencias tramitarase desde o seu inicio ou, de ser o caso, desde que en defensa da competencia exercida se invocar a existencia da norma legal habilitante, na forma prevista para o recurso de inconstitucionalidade."

Sobre este último aspecto, o Tribunal Constitucional sinalou que a previsión que contén o artigo 67 da LOTC non pode servir para converter este procedemento nun recurso de inconstitucionalidade indirecto, de xeito que é necesario que a apreciación sobre a titularidade da competencia sexa inseparable da cuestión relativa á acomodación da norma legal atributiva da competencia á Constitución (STC 13/1998, do 22 de xaneiro).

III.- Conflitos negativos

Os conflitos negativos de competencias, como xa indicamos, suscítanse cando tanto os órganos do Estado como os da comunidade autónoma declinan o exercicio da competencia.

A) Lexitimación

Canto á lexitimación para formular o conflito negativo de competencias, a principal peculiaridade radica en que o poden interpoñer as persoas físicas ou xurídicas interesadas (artigo 60 LOTC).

B) Obxecto

O seu obxecto concrétase na omisión das disposicións, resolucións ou actos que a entidade respectiva debería ditar no exercicio da competencia que lle atribúe a Constitución ou as leis (artigo 61.1 da LOTC).

A lei orgánica do Tribunal Constitucional diferencia segundo se o conflito o formulan, dun lado, os particulares interesados ou, do outro, o Estado.

C) Conflito negativo formulado por particulares.

C.1) Natureza.

O Tribunal Constitucional, no seu Auto 169/2001, do 21 de xuño, delimitou o ámbito de aplicación desta figura nos seguintes termos:

"Este tribunal, «nunha doutrina constante (SSTC 156/1990 [RTC 1990, 156], 37/1992 [RTC 1992, 37] y 300/1993 [RTC 1993, 300] y AATC 142/1989 [RTC 1989, 142 Auto], 322/1989 [RTC 1989, 322 Auto], 357/1990 [RTC 1990, 357 Auto], 268/1994 [RTC 1994, 268 Auto] y 303/1994 [RTC 1994, 303 Auto]), estableceu que para que un conflito negativo dos regulados nos arts. 68 e seguintes da súa lei orgánica poida ser formulado, cómpre que se cumpra unha dobre exixencia: é necesario, en primeiro lugar, que a persoa física ou xurídica que acuda a este tribunal obtivese, nas condicións e prazos que sinala o

art. 68 da LOTC (RCL 1979, 2383 e ApNDL 13575), dúas resolucións declinatorias da competencia por parte das administracións implicadas (que no suposto da Administración requirida en segundo lugar pode consistir no simple silencio); ademais, cómpre que esas negativas se baseen precisamente nunha diferenza de interpretación de preceptos constitucionais ou dos estatutos de autonomía ou de leis orgánicas e ordinarias que delimiten os ámbitos de competencia do Estado e das comunidades autónomas (art. 69.2 da LOTC)».

C.2) Procedemento

O procedemento aparece regulado nos artigos 68 ao 70 e artéllase en catro fases: requirimento previo, formulación, substanciación do conflito e resolución.

C.2.1) Requirimento previo.

- “No caso de un órgano da Administración do Estado declinar a súa competencia para resolver calquera pretensión deducida ante el por persoa física ou xurídica, por entender que a competencia corresponde a unha comunidade autónoma, o interesado, logo de esgotar a vía administrativa mediante recurso ante o ministerio correspondente, poderá reproducir a súa pretensión ante o órgano executivo colexiado da comunidade autónoma que a resolución declare competente. Procederáse de xeito análogo se a solicitude se promove ante unha comunidade autónoma e esta se inhibe por entender competente o Estado ou outra comunidade autónoma”.

- “A Administración solicitada en segundo lugar deberá admitir ou declinar a súa competencia no prazo dun mes. Se a admitir, procederá a tramitar a solicitude presentada. Se se inhibe, deberá notificarlo ao requirente, con indicación precisa dos preceptos en que se funda a súa resolución.”

C.2.2) Formulación do conflito.

- “Se a Administración a que se refire o punto anterior declinar a súa competencia ou non pronunciar decisión afirmativa no prazo establecido, o interesado poderá acudir ao Tribunal Constitucional. Para tal efecto, deducirá a oportuna demanda dentro do mes seguinte ao da notificación da declinatoria, ou de transcorrer o prazo establecido no número 2 do presente artigo sen resolución expresa, en solicitude de que se tramite e resolva o conflito de competencia negativo”. (artigo 68.3 da LOTC).

- “A solicitude de formulación de conflito realizarase mediante escrito, ao cal deberán xuntar os documentos que acrediten ter esgotado o trámite a que se refire o artigo anterior e as resolucións ditadas durante este.” (artigo 69.1 da LOTC).

C.2.3) Substanciación do conflito.

A lei regula, no artigo 69.2, un trámite de admisión mediante o cal o Tribunal Constitucional controla que o conflito verse sobre a atribución dunha competencia constitucional:

"Se o Tribunal entender que a negativa das administracións implicadas se basea precisamente nunha diferenza de interpretación de preceptos constitucionais ou dos estatutos de autonomía ou de leis orgánicas ou ordinarias que delimiten os ámbitos de competencia do Estado e das comunidades autónomas declarará, mediante auto que deberá ser ditado dentro dos dez días seguintes á presentación do escrito, unha vez suscitado o conflito."

Posteriormente, confire un trámite de alegacións aos interesados e dálle inmediato traslado do auto anteriormente sinalado *"ao solicitante e ás administracións implicadas, así como a calquera outra que o Tribunal considere competente, ás cales remitirá ademais copia da solicitude da súa formulación e dos documentos que se lle xuntan e fixaralles a todos o prazo común dun mes para que aleguen canto consideren conducente á solución do conflito suscitado"*.

C.2.4) Sentenza

- *"Dentro do mes seguinte ao da conclusión do prazo sinalado no artigo anterior ou, de ser o caso, do que sucesivamente o Tribunal concedese para responder ás peticións de aclaración, ampliación ou precisión que lles dirixise, ditará sentenza que declarará cal é a Administración competente."* (artigo 70.1 da LOTC).

- *"Os prazos administrativos esgotados entenderanse novamente abertos pola súa duración ordinaria a partir da publicación da sentenza."* (artigo 70.2 da LOTC).

D) Conflito de competencia negativo formulado polo Goberno estatal.

D.1) Natureza.

A natureza desta modalidade de conflito non presenta particularidades.

D.2) Procedemento

As fases son análogas ás do suposto anterior.

D.2.2) Requirimento

- *"O Goberno poderá igualmente formular conflito de competencias negativo cando, ao ser requirido o órgano executivo superior dunha comunidade autónoma para que exerza as atribucións propias da competencia que á comunidade lle confiran os seus propios estatutos ou unha lei orgánica de delegación ou transferencia, sexa desatendido o seu requirimento por declararse incompetente o órgano requirido."* (artigo 71.1 da LOTC).

- *"A declaración de incompetencia entenderase implícita pola simple inactividade do órgano executivo requirido dentro do prazo que o Goberno lle fixase para o exercicio das súas atribucións, que en ningún caso será inferior a un mes."* (artigo 71.2 da LOTC).

D.2.3) Formulación do conflito.

"Dentro do mes seguinte ao día en que de maneira expresa ou tácita deba considerarse rexeitado o requirimento a que se refire o artigo anterior, o Goberno poderá formular ante o Tribunal Constitucional o conflito negativo mediante escrito no que se deberán indicar os preceptos constitucionais, estatutarios ou legais que ao seu xuízo obrigan a comunidade autónoma a exercer as súas atribucións." (artigo 72.1 da LOTC).

D.2.4) Substanciación do conflito.

"O Tribunal dará traslado do escrito ao órgano executivo superior da comunidade autónoma, ao cal lle fixará un prazo dun mes para presentar as alegacións que entenda oportunas." (artigo 72.2 da LOTC).

D.2.5) Sentenza.

Aparece regulada no artigo 72.3 da LOTC:

"Dentro do mes seguinte ao da conclusión de tal prazo ou, de ser o caso, do que sucesivamente fixase ao Estado ou á comunidade autónoma para responder ás peticións de aclaración, ampliación ou precisións que lles dirixise, o Tribunal ditará unha sentenza que conterá algún dos seguintes pronunciamentos:

a) A declaración de que o requirimento é procedente, que comportará o establecemento dun prazo dentro do cal a Comunidade Autónoma deberá exercer a atribución requirida.

b) A declaración de que o requirimento é improcedente."

Conflitos constitucionais entre órganos do Estado.

A) Natureza.

Canto á **natureza** deste procedemento, o Tribunal Constitucional, na súa célebre Sentenza 45/1986, do 17 de abril, sinalou que:

"O conflito constitucional de atribucións é un particular e especialísimo proceso que se pode interpoñer exclusivamente entre os órganos constitucionais mencionados no art. 59 da LOTC e que ten por principal obxecto unha vindicación de competencia suscitada por un destes órganos constitucionais a consecuencia de actos ou decisións doutro órgano constitucional. A vindicatio potestatis só se pode referir a actos constitutivos de invasión de atribucións (art. 75.2 da LOTC) e pretende, unha vez esgotado o trámite previo de solicitude de revogación, que se determine o órgano ao cal corresponden as atribucións constitucionais controvertidas e que, en consecuencia e de ser o caso, se declaren nulos os actos executados por invasión de atribucións e se resolva o que proceder sobre as situacións xurídicas producidas ao seu abeiro. É claramente unha canle reparadora, non preventiva, e só indirectamente, a consecuencia do recoñecemento da invasión de atribucións, pode ter efectos impugnatorios sobre tales actos e atribucións".

B) Lexitimación.

Os conflitos entre órganos constitucionais do Estado suscítanse entre os órganos constitucionais do Estado que expresamente recolle o artigo 59 c) da LOTC, isto é, o Goberno, o Congreso dos Deputados, o Senado e o Consello Xeral do Poder Xudicial. A estes habería que engadir os conflitos que se susciten en relación coas competencias do Tribunal de Contas que, de acordo co artigo 8 da Lei orgánica do Tribunal de Contas, do 12 de maio de 1982, deben ser resoltos polo Tribunal Constitucional, polo procedemento que estamos analizando e por instancia das Cortes Xerais, por delegación das cales se entende que actúa o Tribunal de Contas. Son estes pois, os órganos lexitimados para formular o conflito.

C) Obxecto.

O suposto en que cabe a formulación do conflito é o previsto no artigo 73.1, de acordo co cal:

“No caso en que algún dos órganos constitucionais a que se refire o artigo 59.3 desta lei, por acordo dos seus respectivos plenos, considere que outro deses órganos adopta decisións e asume atribucións que a Constitución ou as leis orgánicas confiren ao primeiro, este farallo saber así dentro do mes seguinte á data en que chegue ao seu coñecemento a decisión da cal se infira a asunción indebida de atribucións e solicitará del que a revogue.”

D) Características.

Á vista desta regulación e como características fundamentais da figura, pódense indicar as seguintes:

- É un conflito de atribucións que se suscita cando un dos órganos mencionados coñeza de cuestións que o órgano requirente considera que lle corresponden a el.
- O que se impugna é calquera tipo de decisións que supoña a asunción ou atribución da competencia controvertida.
- A norma atributiva das competencias que orixina o conflito debe ser a Constitución ou as leis orgánicas. Non estará prevista esta vía para conflitos que xurdan en relación con competencias atribuídas por leis ordinarias.
- O conflito de competencias que regula a LOTC é o conflito positivo e non se establece unha regulación para o suposto de que ningún dos órganos asuma a competencia.
- O axuizamento destes conflitos corresponde ao Tribunal Constitucional en Pleno (artigo 10 g) da LOTC).

E) Procedemento.

Respecto ao procedemento, debemos indicar os seguintes aspectos fundamentais:

E.1) Requirimento.

Antes da formalización do conflito ante o Tribunal Constitucional realízase un requirimento previo que se ten que formular *“dentro do mes seguinte á data en que chegue ao seu coñecemento a decisión da cal se infira a indebida asunción de atribucións.”* No requirimento solicítase que se revogue a decisión (artigo 73.1 da LOTC).

En caso de que o requirimento non sexa atendido de forma expresa ou tácita, o órgano que considere indebidamente asumidas as súas atribucións *“formulará o conflito ante o Tribunal Constitucional dentro do mes seguinte”*. (artigo 73.2 da LOTC).

E.2) Formulación do conflito.

A formulación efectúase mediante *“un escrito en que se especificarán os preceptos que considera vulnerados e formulará as alegacións que considere oportunas. A este escrito xuntarase unha certificación dos antecedentes que repete necesarios”* (artigo 73.2 da LOTC).

E.3) Substanciación.

A substanciación do recurso aparece regulada nos artigos 74 e 75 da LOTC:

- *“Unha vez recibido o escrito, o Tribunal, dentro dos dez días seguintes, trasladarao ao órgano requirido e fixaralle o prazo dun mes para formular as alegacións que considere procedentes”*.
- *“Faranse idénticos traslados e emprazamentos a todos os demais órganos lexitimados para formular este xénero de conflitos, os cales poderán comparecer no procedemento, en apoio do demandante ou do demandado, se entenderen que a solución do conflito suscitado afecta dalgún xeito as súas propias atribucións”*.
- *“O Tribunal poderá solicitar das partes cantas informacións, aclaracións ou precisións xulgue necesarias para a súa decisión”*

E.4) A sentenza.

A sentenza dítase *“dentro do mes seguinte á expiración do prazo de alegacións a que se refire o artigo anterior ou do que, de ser o caso, se fixar para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias, que non será superior a outros trinta días”*. Nela *“o Tribunal determinará a que órgano corresponden as atribucións constitucionais controvertidas e declarará nulos os actos executados por invasión de atribucións e resolverá, de ser o caso, o que proceder sobre as situacións xurídicas producidas ao seu abeiro.”* (artigo 75 da LOTC).

Conflitos en defensa da autonomía local.

A) Natureza.

A primeira sentenza do Tribunal Constitucional que se ditou nun procedemento deste tipo é a 240/2006, do 20 de xullo, na cal o Tribunal Constitucional delimita a natureza deste recurso:

"Segundo a exposición de motivos da Lei orgánica 7/1999, esta regula «ao abeiro do previsto no art. 161.1 d) da Constitución... un novo procedemento denominado "dos conflitos en defensa da autonomía local"». Debe sinalarse, de entrada, que estamos efectivamente ante un novo proceso constitucional, pois, dada a súa configuración, non se pode entender como unha nova modalidade, nin dalgún dos procesos aos cales se fai referencia nas alíneas a), b) e c) do art. 161.1 da CE (RCL 1978, 2836), nin do previsto no art. 161.2 da CE. Tampouco se pode considerar unha variante de ningún dos procedementos que, ao abeiro da alínea d) do art. 161.1 da CE, foron creados polas «leis orgánicas» e que hoxe forman parte da xurisdición constitucional no noso ordenamento. A Lei orgánica 7/1999 procedeu á súa creación e regulación amparándose precisamente na cláusula do art. 161.1 d) da CE, que habilita o lexislador orgánico para atribuír á xurisdición do Tribunal Constitucional a competencia para coñecer «das demais materias» non recollidas nos preceptos constitucionais sempre que esa atribución non se faga contra a Constitución.

Este novo procedemento vén reforzar os mecanismos en defensa da autonomía local dos que xa dispoñen os entes locais no noso ordenamento, o cal tradicionalmente tiña establecidas vías xurisdicionais para que aqueles puidesen demandar a tutela do libre exercicio das súas competencias, tal como prevé o art. 11 da Carta europea de autonomía local, ratificada por España a través do instrumento de ratificación do 20 de xaneiro de 1988 (RCL 1989, 412), depositado o 8 de novembro de 1988, e entrada en vigor para España o 1 de marzo de 1989. Esa defensa fronte a invasións provocadas por actos ou normas infralegais podía substanciarse, desde logo, ante o poder xudicial (art. 153.c da CE [RCL 1978, 2836]; art. 63.2 da Lei reguladora das bases de réxime local: LBRL [RCL 1985, 799, 1372]), tal como afirma o ditame emitido polo Consello de Estado sobre o anteproxecto de lei orgánica de modificación da LOTC (Ditame núm. 2484/1998, do 18 de xuño). Cabía tamén que as entidades locais alegasen a inconstitucionalidade de normas con rango de lei que menoscabasen a súa autonomía constitucionalmente garantida, pero só ante a xurisdición ordinaria; iso, como declarou este tribunal, porque a proclamación constitucional da autonomía de municipios e provincias non foi inicialmente acompañada, como noutros ordenamentos sucede, coa atribución «dun dereito de carácter reaccional que, eventualmente, lles abra unha vía ante a xurisdición constitucional fronte a normas con rango de lei» (SSTC 31/1981, do 28 de xullo [RTC 1981, 31], F. 5; 214/1989, do 21 de decembro [RTC 1989, 214], F. 1)."

B) Obxecto.

O artigo 75 bis da LOTC sinala:

"1. Poderán dar lugar á formulación dos conflitos en defensa da autonomía local as normas do Estado con rango de lei ou as disposicións con rango de lei das comunidades autónomas que lesionen a autonomía local constitucionalmente garantida".

C) Lexitimación.

A lexitimación para formular este recurso aparece regulada no artigo 75 ter da LOTC.

"Están lexitimados para formular estes conflitos:

a) O municipio ou a provincia que sexa destinatario/a único da lei.

b) Un número de municipios que supoñan polo menos un sétimo dos existentes no ámbito territorial de aplicación da disposición con rango de lei e representen como mínimo un sexto da poboación oficial do ámbito territorial correspondente.

c) Un número de provincias que supoñan polo menos a metade das existentes no ámbito territorial de aplicación da disposición con rango de lei e representen como mínimo a metade da poboación oficial.

2. Para iniciar a tramitación dos conflitos en defensa da autonomía local será necesario o acordo do órgano plenario das corporacións locais co voto favorable da maioría absoluta do número legal dos seus membros.

3. Unha vez cumprido o requisito establecido no número anterior, e de xeito previo á formalización do conflito, deberase solicitar ditame, con carácter preceptivo pero non vinculante, do Consello de Estado ou órgano consultivo da correspondente comunidade autónoma, segundo que o ámbito territorial a que pertencen as corporacións locais corresponda a varias ou a unha comunidade autónoma. Nas comunidades autónomas que non dispoñan de órgano consultivo, o ditame corresponderá ao Consello de Estado.

4. As asociacións de entidades locais poderán asistir os entes locais lexitimados co fin de facilitarlles o cumprimento dos requisitos establecidos no procedemento de tramitación do presente conflito."

D) Prazo de interposición.

De acordo co artigo 75 *quater*, os ditames a que se refire o artigo 75 *ter* deberanse solicitar dentro dos tres meses seguintes ao día da publicación da lei que se entenda que lesiona a autonomía local. Dentro do mes seguinte á recepción do ditame do Consello de Estado ou do órgano consultivo da correspondente comunidade autónoma, os municipios ou provincias lexitimados poderán formular o conflito ante o Tribunal Constitucional acreditando o cumprimento dos requisitos exixidos no artigo anterior e alegando os fundamentos xurídicos en que se apoian.

E) Tramitación.

A tramitación do recurso aparece regulada no artigo 75 *quinqüies* da LOTC:

"1. Unha vez formulado o conflito, o Tribunal poderá acordar, mediante auto motivado, a súa inadmisión por falta de lexitimación ou outros requisitos exixibles e non emendables, ou cando estivese notoriamente infundada a controversia suscitada.

2. Admitido a trámite o conflito no termo de dez días, o Tribunal trasladarao aos órganos legislativo e executivo da comunidade autónoma de que emanase a lei e, en todo caso, aos órganos legislativo e executivo do Estado. A comparecencia e a formulación de alegacións deberánse realizar no prazo de vinte días.

3. A formulación do conflito notificarállela aos interesados e publicaraa no correspondente diario oficial o propio Tribunal.

4. O Tribunal poderá solicitar das partes cantas informacións, aclaracións ou precisións xulgue necesarias para a súa decisión e resolverá dentro dos quince días seguintes ao termo do prazo de alegacións ou do que, de ser o caso, se fixar para as informacións, aclaracións ou precisións complementarias antes aludidas."

F) Sentenza.

En relación coa sentenza, o artigo 75 *quinquies*, números 5 e 6, e o artigo 75 bis.2 sinalan:

- A sentenza declarará se existe ou non vulneración da autonomía local constitucionalmente garantida, determinará, segundo proceda, a titularidade ou atribución da competencia controvertida e resolverá, se é o caso, o que proceder sobre as situacións de feito ou de dereito creadas en lesión da autonomía local.

- A declaración, se é o caso, de inconstitucionalidade da lei que dese lugar ao conflito requirirá nova sentenza se o Pleno decide formularse a cuestión tras a resolución do conflito e declarar que houbo vulneración da autonomía local. A cuestión substanciarase polo procedemento establecido nos artigos 37 e concordantes e terá os efectos ordinarios previstos nos artigos 38 e seguintes.

- A decisión do Tribunal Constitucional vinculará todos os poderes públicos e terá plenos efectos fronte a todos.

Impugnación de disposicións e resolucións das comunidades autónomas.

Esta figura aparece regulada no título V da Lei orgánica do Tribunal Constitucional e baséase na previsión expresa que se contén no artigo 161.2 da CE, anteriormente citado.

A súa peculiaridade radica en que, neste caso, o que se impugna son resolucións ou disposicións que non teñen rango de lei, o que volve suscitar a cuestión do deslindamento deste suposto co recurso contencioso-administrativo. Tamén, neste caso, o Tribunal Constitucional declarou que o fundamento deste recurso ten que radicar en infracción de normas constitucionais e non simplemente legais (SSTC 148/1992, do 16 de outubro).

O Auto do Tribunal Constitucional 135/2004, do 20 de abril, alude á diferenciación deste procedemento co recurso de inconstitucionalidade e o conflito de competencias:

"Esta singularidade do proceso impugnatorio do título V da LOTC en relación, no que agora interesa, co recurso de inconstitucionalidade e o conflito positivo de competencia, aparece expresa e claramente exposta, entre outras, na STC 64/1990, do 5 de abril. Os

artigos 76 e 77 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional configuran –dise na mencionada sentenza– «un procedemento que, aínda cando é coincidente nos seus trámites co conflito positivo de competencias (por remisión do art. 77 aos arts. 62 ao 67 da lei orgánica), encontra substantividade propia precisamente en supostos, como o presente, nos cales o Goberno imputa unha disposición sen forza de lei dunha comunidade autónoma –ou, de ser o caso, unha resolución dalgún dos seus órganos–, un vicio de inconstitucionalidade que, non consistindo na infracción da orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, no podería ser, en razón do rango infralegal da disposición impugnada, eficazmente denunciado a través do recurso de inconstitucionalidade, unicamente procedente contra "disposicións normativas ou actos con forza de lei" [art. 2.1 a) da LOTC], nin se aviría tampouco, en razón do obxecto da pretensión deducida, aos límites do conflito positivo de competencias, legalmente contraído ás controversias que opoñan o Estado e ás comunidades autónomas ou estas entre si sobre a titularidade das "competencias asignadas directamente pola Constitución, os estatutos de autonomía ou as leis orgánicas ou ordinarias ditadas para delimitar os ámbitos propios do Estado e das comunidades autónomas" (art. 59 da LOTC)» (F. 1)".

A súa regulación legal establécese nos artigos 76 e 77 da LOTC e son as súas principais peculiaridades:

A) Formulación.

"Dentro dos dous meses seguintes á data da súa publicación ou, en defecto desta, desde que chegar ao seu coñecemento, o Goberno poderá impugnar ante o Tribunal Constitucional as disposicións normativas sen forza de lei e resolucións emanadas de calquera órgano das comunidades autónomas."

B) Tramitación.

Este procedemento tramítase polas regras que a Lei orgánica do Tribunal Constitucional establece para os conflitos positivos de competencias, isto é, o regulado nos artigos 62 ao 67 da lei.

C) Suspensión.

"A formulación da impugnación comunicada polo Tribunal producirá a suspensión da disposición ou resolución contra a cal se recorreu ata que o Tribunal resolva ratificala ou levantala en prazo non superior a cinco meses, salvo que, con anterioridade, ditase sentenza." (artigo 77 da LOTC).

JAVIER SUÁREZ GARCÍA

Avogado do Estado

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

Letrado da Xunta de Galicia

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Santiago Muñoz Machado. Civitas, Madrid 1984.

Estudio sobre Autonomías Territoriales. Eduardo García de Enterría. Civitas, 1985.

Curso de Derecho Administrativo. Eduardo García de Enterría. Civitas, 1995.

Derecho Constitucional Comparado. Manuel García Pelayo. Alianza Universidade Textos, 1984.

TEMA 1

**A AUTONOMÍA GALEGA: ORIXE E EVOLUCIÓN.
O ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. O
ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA E
COMO NORMA DO ESTADO. ESTRUCTURA E
CONTIDO. A REFORMA DO ESTATUTO.**

TEMA 1. A AUTONOMÍA GALEGA: ORIXE E EVOLUCIÓN. O ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. O ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA E COMO NORMA DO ESTADO. ESTRUCTURA E CONTIDO. A REFORMA DO ESTATUTO.

A AUTONOMÍA GALEGA: ORIXE E EVOLUCIÓN.

O antecedente máis inmediato do actual Estatuto de autonomía para Galicia é o documento aprobado mediante referendo o 28 de xuño de 1936. Trátase dun texto xurídico que foi practicamente avalado de forma unánime pola inmensa maioría (99,2%) dos votantes e que facilitou que, o 15 de xullo dese mesmo ano, o comité central da autonomía de Galicia puidese entregar o proxecto de estatuto ao presidente das Cortes, órgano que non o puido aprobar definitivamente a causa da Guerra Civil.

A disposición transitoria segunda da Constitución de 1978, en que se prevé un réxime singular para “os territorios que no pasado plebiscitaron afirmativamente proxectos de estatutos de autonomía”, fai inescusable unha referencia aos antecedentes do actual Estatuto de 1981. Porque, efectivamente, o 28 de xuño de 1936 foi aprobado en referendo o proxecto de estatuto galego elaborado ao abeiro da Constitución de 1931.

Como é sabido, a Constitución republicana definiu o “Estado integral” nunha solución de compromiso entre unitarios e federais. A pesar das confesadas influencias do dereito comparado, singularmente das Constitucións alemá de Weimar de 1919 e a austríaca de 1920, e dos xuristas que as inspiraron, a solución “integral” española é fundamentalmente resultado da realidade histórica e dos condicionamentos políticos que están na orixe mesma da Segunda República.

Os avatares autonomistas durante a II República son obxecto de profundos debates historiográficos, pero transmiten con bastante claridade a existencia dunha idea que bate coa realidade autonómica actual: a constitución selectiva de territorios autónomos, en principio limitados aos casos catalán, vasco e galego. De feito, estes serán os únicos estatutos que chegaron a aprobar as Cortes republicanas, sen prexuízo de que outras iniciativas estivesen pendentes de tramitación en diversas comunidades autónomas.

O estatuto galego, como se indicou anteriormente, foi aprobado mediante referendo, pero

non chegou a aplicarse tras o estalido da contenda civil. Isto non impide tomar conta da importancia do contido desa norma como antecedente do texto de 1981, ben que en certos aspectos a regulación xurídica está francamente afastada.

Neste ámbito de cousas, a elección popular, directa e secreta do presidente de Galicia, capacitado para designar e cesar o presidente da Xunta, é un exemplo claro dun esquema bicéfalo alleo ao contido do actual estatuto que, como é ben sabido, concentra ambas as figuras nunha soa persoa.

O elemento constitutivo da autonomía, referido ao seu territorio, recibiu tamén unha solución ben diferente á do actual Estatuto de 1981. En efecto, o estatuto republicano posibilitaba que se puidese integrar no territorio galego calquera outro limítrofe con características históricas, culturais, económicas e xeográficas análogas, aspecto este que o lexislador de 1981 non considera senón a través dunha reforma do Estatuto de autonomía.

No aspecto competencial o Estatuto de 1936 era máis lacónico e establecía unhas previsións máis xenéricas que o actual, que é máis agotador dos ámbitos administrativos sectoriais que se poden atender desde o nivel administrativo de Galicia. No ámbito competencial económico-financeiro sempre se puxo en valor desde ámbitos galeguistas o instrumento dun banco público autonómico que, ben que debía respectar principios esenciais da lexislación estatal, podería levar a cabo servizos recadatorios de tesouraría ou crédito por si mesmo ou en relación coas caixas de aforro e outras institucións análogas de carácter público.

Singular referencia merece o tratamento da cooficialidade dos dous idiomas existentes en Galicia. O artigo 4 do Estatuto de 1936 establecía que os escritos a tribunais e autoridades e documentos de fedatarios públicos debían expedirse en castelán se así se solicitan, e se estaba en galego o orixinal, o seu texto debería presentarse coa tradución para o castelán. Paralelamente, nas relacións oficiais de Galicia con autoridades do Estado e doutros territorios, debería usarse sempre o idioma común de toda España.

Estes principios lingüísticos tiñan, ademais, no propio estatuto un reflexo no referido á regulación da función pública autonómica, xa que os funcionarios galegos estaban obrigados a acreditar o coñecemento da lingua galega e, de maneira moi similar ao establecido no Estatuto de 1981, dábase preferencia para a provisión dos postos a

notarios a aqueles que poidan documentar coñecemento da lingua e do dereito de Galicia.

A cuestión lingüística completábase cun mandato estatutario referido ao ámbito educativo, que dispoñía que nas escolas privadas era obrigado o ensino do galego e do castelán, aspecto este que no actual ordenamento xurídico de Galicia non ten acollida estatutaria senón na Lei de normalización lingüística de Galicia.

Situándonos xa no proceso iniciado pola Constitución española de 1978, o antecedente inmediato da elaboración do texto galego está na aprobación da Lei para a reforma política de 1977, que posibilitou unha admisión progresiva de autonomías provisionais. Neste sentido, resulta de interese lembrar que na comisión dos 10 que negociaron con ADOLFO SUÁREZ as condicións para a celebración de eleccións xerais en 1977 figurou a presenza de diversos partidos políticos entre os que se encontraban algúns que xustificaban a súa participación debido á súa vinculación con Galicia.

Tras a celebración das primeiras eleccións democráticas, unha asemblea de parlamentarios galegos aprobou, en outubro de 1977, un texto que serviu de base do réxime preautonómico para Galicia. Ese texto foi negociado con representantes do goberno e acabou plasmándose no Real decreto lei 7/1978, do 16 de marzo, polo que se institúe a Xunta de Galicia como órgano provisional de Galicia, que actuará mentres perdure a fase preautonómica e non se aprobe a constitución e o subseguinte Estatuto de autonomía.

Este réxime preautonómico pretendeu, en opinión de MAIZ SUÁREZ, dar satisfacción ao desexo de contar con institucións propias, sendo consciente de que:

- Non se condicionaba o futuro texto constitucional
- Non se obrigaba a existir o futuro Estatuto de autonomía que estaba por chegar.

O texto era consciente do seu carácter provisional e “de mínimos”, de tal maneira que postergaba ao momento statuínste a regulación de aspectos esenciais da autonomía.

A preautonomía galega baséase na existencia dun territorio delimitado polas catro provincias de Galicia (A Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra). Ademais, créase o órgano de goberno de Galicia con personalidade xurídica propia (a Xunta de Galicia). Este órgano compúxose de:

- 11 membros elixidos polos deputados e senadores proclamados nas eleccións xerais de 1977 en Galicia.
- Os 3 senadores galegos de designación real.

Oito destes foron elixidos polos parlamentarios de cada provincia illadamente, outorgándose un par a cada unha delas e os tres remanentes foron elixidos polos anteriores. Ademais, participaría na Xunta galega un representante de cada unha das deputacións provinciais. Para tal efecto, dispoñíase que, celebradas as eleccións locais, estes serían substituídos por 8 novos representantes das deputacións renovadas.

A presidencia da Xunta de Galicia recaeu na persoa do deputado ANTONIO ROSÓN PÉREZ, que foi elixido no seo da propia Xunta. As competencias que exerceu a Xunta preautonómica estaban relacionadas fundamentalmente con aspectos de autoorganización, relacións coas deputacións provinciais, xestión de funcións e servizos transferidos e facultades de proposta ao goberno estatal acerca das medidas que afectasen os intereses galegos.

Desde o punto de vista do réxime xurídico merece a pena destacar que, desde un primeiro momento, a Xunta:

- Dispuxo de servizos propios e da colaboración necesaria dos medios persoais e materiais das deputacións de Galicia.
- Estivo sometida ao control da xurisdición contencioso-administrativa e a unha especie de tutela estatal de oportunidade.

O acto de constitución oficial da Xunta preautonómica celebrouse no Pazo de Xelmírez, na praza do Obradoiro de Santiago de Compostela, o día 18 de abril de 1978.

Entre os antecedentes que determinan a tramitación do estatuto galego debe citarse a elaboración dun anteproxecto por parte do denominado "grupo dos 16", que tivo a súa orixe na convocatoria que, o 3 de xullo de 1978, o presidente da Xunta realizou a todos os partidos políticos, entidades culturais, sociais e sindicais para que colaborasen en tal labor.

Outro antecedente importante foi a redacción da denominada "Ponencia dos 9", que tratou de levar a cabo o establecido no artigo 151 da Constitución mediante a reunión da

assemblea de parlamentarios galegos o día 5 de maio de 1979. Deste modo, o 25 de xuño a citada assemblea aprobou por unanimidade, excepto dous aspectos moi concretos, o proxecto de Estatuto de autonomía para Galicia que se presentou no Congreso dos Deputados o día 28 de xuño de 1979. A Comisión Constitucional do Congreso recibiu o proxecto e abriuse un prazo para presentar motivos de desacordo, que concluíu o 21 de setembro. Produciuse aquí unha paralización na tramitación do Estatuto de autonomía para Galicia, froito de fortes tensións políticas e que só se puido superar mediante a sinatura do chamado "Pacto do Hostal" en setembro de 1980.

Deste modo, o 21 de decembro dese mesmo ano celebrouse o referendo de aprobación do Estatuto de autonomía para Galicia, que foi remitido para a súa confirmación polo Congreso dos Deputados na súa sesión do 17 de febreiro de 1981 e polo Senado o 17 de marzo, e se aprobou como Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril.

O ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. O ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA E COMO NORMA DO ESTADO. ESTRUCTURA E CONTIDO.

A sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010, do 28 de xuño, é un magnífico documento xurídico que lembra e actualiza a posición que dentro do ordenamento español ten o Estatuto de autonomía. En efecto, o fundamento xurídico terceiro achega a seguinte doutrina:

"...os estatutos de autonomía son normas subordinadas á Constitución, como corresponde a disposicións normativas que non son expresión dun poder soberano, senón dunha autonomía fundamentada na Constitución e por ela garantida, para o exercicio da potestade lexislativa no marco da propia Constitución (así desde o principio, STC 4/1981, do 2 de febreiro, FX 3). Como norma suprema do ordenamento, a Constitución non admite igual nin superior, senón só normas que lle están xerarquicamente sometidas en todas as ordes. Certamente, non faltan en ningún ordenamento normas xurídicas que, á marxe da Constitución *stricto sensu*, cumpren no sistema normativo funcións que cabe cualificar como materialmente constitucionais, por servir aos fins que conceptualmente se teñen por propios da norma primeira de calquera sistema de dereito, tales como, en particular, constituír o fundamento da validez das normas xurídicas integradas nos niveis primarios do ordenamento, isto é, naqueles en que operan os órganos superiores do Estado. Porén, tal

cualificación non ten maior alcance que o puramente doutrinal ou académico e, por máis que sexa conveniente para a ilustración dos termos en que se constitúe e desenvolve o sistema normativo que ten na Constitución o fundamento da súa existencia, en ningún caso se traduce nun valor normativo engadido ao que estritamente corresponde a todas a normas situadas extramuros da Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a subordinación á Constitución de todas as normas que, sexa cal sexa a súa función cunha perspectiva material ou lóxica, non se integran no ordenamento baixo a aparencia da Constitución formal, única que atribúe aos contidos normativos –tamén aos que materialmente caiba cualificar de estraños ao concepto académico de Constitución– a posición de supremacía reservada á norma fundamental do ordenamento xurídico...”

Hai que comezar dicindo que, tanto na doutrina italiana como na española, existe un amplo acordo en considerar que, desde un punto de vista político-funcional, os estatutos desempeñan nas CCAA un papel equivalente ao que se atribuíu á Constitución de calquera Estado membro dun Estado federal. Isto é así por dúas razóns:

- Do mesmo modo que ás constitucións rexionais, é ao estatuto ao que corresponde a regulación da estrutura organizativa básica da CA de que se trate, así como o establecemento das regras fundamentais a que se deben suxeitar os órganos autonómicos para levar a cabo a súa actividade.
- Porque corresponde tamén aos estatutos establecer o procedemento de creación do resto das normas xurídicas rexionais.

Agora ben, se esta equiparación entre o valor político e funcional dos estatutos de autonomía e as constitucións rexionais é aceptable desde unha óptica política, o certo é que, como acertou GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta cuestionable en termos xurídicos. En efecto, mentres que no caso dos chamados estados federais en sentido estrito, a orde xurídica fundamental das colectividades membros vén determinada pola súa propia Constitución federal, no caso español, pola contra, o que sucede é que a orde xurídica fundamental das comunidades autónomas non a constitúe só o Estatuto de autonomía, senón que aquel está integrado pola Constitución española e tamén polos estatutos de autonomía.

En todo caso, cómpre salientar que na medida que os estatutos son chamados pola

Constitución española a concretar e determinar a propia estrutura estatal e a distribución de competencias deixadas abertas polo constituínte, o que sucede é que, desde unha perspectiva politolóxica, os estatutos adquiren a virtualidade de ser "a prolongación natural" dun proceso constituínte que, se xuridicamente aparece cerrado desde o mesmo momento da promulgación da Constitución, politicamente non concluírá ata que se produza a definitiva creación do modelo único de Comunidade previsto pola Carta Magna.

Na medida que a elaboración dos estatutos de autonomía exige que se verifique unha participación dos propios entes territoriais interesados na creación da nova colectividade membro, xorde a pregunta de se esa participación permite afirmar que, malia estaren enunciados como lei orgánica polo artigo 81.1 da Constitución, os estatutos de autonomía son un acto normativo rexional ou se, pola contra, estamos en presenza dun auténtico acto normativo estatal. Este interrogante foi contestado de moi diversas maneiras pola nosa doutrina.

Podemos considerar os estatutos como normas do Estado e como normas autonómicas, é dicir, son as dúas cousas, atendendo a varias razóns:

- Á súa orixe
- Á súa aprobación
- Á súa posición respecto á propia Constitución.

Son expresión do principio autonómico en canto que (á marxe dos supostos específicos do artigo 144 b) e c), a súa formación:

- Comezou cunha "iniciativa autonómica" (artigo 143 e 151)
- Continuou cunha elaboración formulada polas representacións do territorio de que se trataba (artigo 146)
- No caso dos estatutos do nivel superior de autonomía, prolongouse na propia fase de aprobación polas Cortes Xerais, en canto que tal fase se requiriu como un "común acordo para a súa formulación definitiva", acordo que ás Cortes como tales correspondeu só ratificar ou non (artigo 151.2).

Ademais, o principio autonómico presente nos estatutos faise visible na técnica da rixidez

de que, unha vez aprobados, os dota a Constitución, posto que a súa modificación requirirá un consentimento das representacións do respectivo territorio.

Pero á vez, é tamén notorio que se trata dunha norma estatal, e así o precisa o artigo 147.1 CE: "os estatutos serán a norma institucional básica de cada CCAA e o Estado recoñeceraos e ampararaos como parte integrante do seu ordenamento xurídico". O estatuto, con independencia do seu proceso de formación, é unha lei orgánica das Cortes Xerais (artigo 81.1, 146, 147.3, 151). Pero quizais pode ter maior interese insistir en que o estatuto é unha norma propia do Estado global pola súa propia función e contido, como complemento indispensable da CE para converter en acto a potencialidade autonómica que esta previu, posto que sen estatuto non xorde unha CA. Deste modo, o estatuto especifica o marco da CE respecto a cada autonomía en particular, co que o ordenamento autonómico respectivo debe encontrar no seu estatuto a súa norma suprema, aínda que "dentro do marco establecido na CE", como reza o artigo 147 desta.

Se pola súa orixe o Estatuto de autonomía non é a Constitución dun Estado membro dun Estado federal, pola súa función si que son moi parecidos. A Constitución exprésao con bastante claridade no artigo 147.1: "Dentro dos termos da presente Constitución, os estatutos de autonomía serán a norma institucional básica de cada comunidade autónoma".

Para cumprir a súa función en canto tal norma institucional básica, o Estatuto de autonomía debe ter un determinado contido, que é o que está previsto pola propia Constitución nos artigos 147 e 152. Inicialmente, os contidos previstos nestes dous artigos considerábanse como contidos alternativos para os dous posibles tipos de estatutos de autonomía, os que se aprobaran pola vía do artigo 143 e os aprobados pola do 151. Non obstante, o desenvolvemento do proceso autonómico conduciu a unha solución diferente, de tal xeito que o contido típico dos estatutos de autonomía aprobados ata a data non é o do artigo 147 ou o do 152, senón a suma de ambos. Todos os estatutos de autonomía aprobados tiñan unha estrutura e un contido similar.

ESTRUTURA E CONTIDO SEGUNDO AS PREVISIÓNS CONSTITUCIONAIS

O artigo 147 da CE enumera catro elementos que, de forma obrigatoria, debe conter todo Estatuto de autonomía:

- A denominación da Comunidade que mellor corresponda á súa identidade histórica.
- A delimitación do seu territorio.
- A denominación, organización e sede das institucións autónomas propias.
- As competencias asumidas dentro do marco establecido na Constitución e as bases para o traspaso dos servizos correspondentes a estas.

O artigo 147.1 da Constitución tamén establece que o Estado recoñece e ampara os estatutos de autonomía como parte integrante do seu ordenamento xurídico. RUIPÉREZ ALAMILLO defende a natureza estatal dos estatutos de autonomía baseándose en dúas cuestións:

1ª. A intervención do poder central verifícase á hora de aprobar o Estatuto de autonomía: os deputados e senadores, representantes da nación española no seu conxunto, son chamados a formar parte, ben en solitario (artigo 152.2.1), ben en unión de representantes das deputacións provinciais (artigo 146) da asemblea redactora do proxecto de estatuto.

2ª As Cortes Xerais recoñeceron un poder de emenda sobre o texto estatutario do que coñecen. As nosas Cortes Xerais non se encontran condicionadas polo proxecto de estatuto que lles presenta a asemblea redactora, de maneira que poden introducir nel cantas modificacións coiden pertinentes, sen máis límite na súa actuación que o do respecto ao contido autonómico mínimo garantido pola Constitución (non poden privar a futura Comunidade Autónoma do seu carácter de centro autónomo de decisión política, para convertelo nun simple ente administrativo territorial).

Para ilustrar a situación actual desta problemática débese acudir ao fundamento xurídico 5º da sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010, do 28 de xuño, que conclúe:

“...A natureza e a función constitucionais dos estatutos de autonomía determinan o seu posible contido. Del forma parte, en primeiro lugar, e como xa dixemos, o *minimum* relacionado no artigo 147.2 CE. Tamén por disposición constitucional expresa, as materias referidas en determinados preceptos da Constitución. En ambos os casos, pódese falar

dun contido estatutario constitucionalmente explícito. Cabe xunto a el un contido implícito por inherente á condición do estatuto como norma institucional básica (artigo 147.1 CE), con canto isto implica en termos de autogoberno, de autoorganización e de identidade. Con ese título pódense integrar nos estatutos previsións e disciplinas moi dispares, aínda que sempre deixando a salvo, como é evidente, as reservas establecidas pola Constitución en favor de leis específicas ou para a disciplina de materia orgánica non estatutaria. E, dada a apertura e flexibilidade do modelo territorial, serían constitucionalmente admisibles estatutos de autonomía dotados dun contido máis amplo que o que resulta do mínimo necesario do artigo 147.2 CE, ata o punto de que a súa delimitación só se podería realizar, desde esta xurisdición, mediante a garantía da observancia de certos límites. Entendendo que constitucionalmente teñen igual cabida unha concepción restrinxida do contido material dos estatutos (limitada ao mínimo explícito) e un entendemento máis amplo, suposto en que o mínimo que garante este tribunal non é xa o que asegura a existencia, a identidade e as competencias da Comunidade Autónoma, senón o que resulta, por un lado, dos límites que marcan a divisoria entre a Constitución e os poderes constituídos e, por outro, daqueles que permiten a eficacia regular do sistema no seu conxunto...”

ESTRUTURA E CONTIDO DO ESTATUTO DE GALICIA

Pasando á análise do noso estatuto, temos que lembrar que a estrutura formal do Estatuto de Galicia é a seguinte:

	Artigos
• Título preliminar	1 -8
• Título primeiro. Do poder galego	9 -26
Capítulo I. Do Parlamento	10 -14
Capítulo II. Da Xunta e do seu presidente	15 -19
Capítulo III. Da Administración de xustiza en Galicia	20 -26
• Título segundo. Das competencias de Galicia	27 -38
Capítulo I. Das competencias en xeral	27 -36
Capítulo II. Do réxime xurídico	37 -38

- Título terceiro. Da Administración pública galega 39 -41
- Título cuarto. Da economía e da facenda 42 -55
- Título quinto. Da reforma 56 -57
- Disposicións adicionais
- Disposicións transitorias

Simplificando e para efectos meramente expositivos, podemos dicir que o título preliminar do noso Estatuto afirma o carácter de nacionalidade histórica de Galicia e a vontade de constituír unha comunidade autónoma para acceder ao autogoberno. Igualmente, destaca a defensa da identidade de Galicia e dos seus intereses e a promoción da solidariedade de cantos integran o pobo galego como fin da nova estrutura política creada.

Perfílase o territorio da comunidade autónoma establecéndose unha remisión legal a unha lei do Parlamento para a organización territorial propia de Galicia (esta foi a Lei 7/1996, do 10 de xullo, de desenvolvemento comarcal. DOG nº. 142, do 19-7-1996). Ademais, define a condición política de galego dun modo que permite a participación dunha parte importante da cidadanía de Galicia no ser político autonómico, todos aqueles galegos que viven na emigración e que, encontrándose moi lonxe da Galicia territorial, forman parte do pobo galego (Lei 4/1983, do 15 de xuño, de recoñecemento da galegitude. DOG nº. 86, 16-7-83).

Unha parte importante do contido estatutario ten que ver, como non podía ser doutro modo, coa afirmación do galego como lingua propia de Galicia, a súa cooficialidade co castelán e o dereito de todos os cidadáns de Galicia de coñecelos e usalos (Aspectos contidos na Lei básica 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística. DOG nº. 84, do 14-7-1983). No mesmo plano simbólico establécense a bandeira, o escudo e o himno propios de Galicia (Lei 5/1984, do 29 de maio, de símbolos de Galicia. DOG nº. 120, do 23-6-1984).

No título primeiro do Estatuto régúlase o poder galego. Baixo esta epígrafe descríbense os órganos que exercen as competencias específicas que a Constitución, o Estatuto de autonomía e a Lei reguladora da Xunta e do seu presidente lles outorgan para desenvolver as funcións de autogoberno propias da Comunidade Autónoma.

En primeiro lugar, establécese un Parlamento unicameral (Lexislación do Parlamento de Galicia. BOPG nº. 150, do 1 de setembro de 1983), que exerce o poder lexislativo da Comunidade Autónoma. Os seus membros son elixidos (conforme a Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia, modificada pola Lei 12/2004, do 7 de decembro) por un período de 4 anos mediante sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto, sendo a circunscrición electoral a provincia (para os efectos de situación dos poderes autonómicos resultan de interese as leis 1/1982, do 24 de xuño, de fixación da sede das institucións autonómicas (DOG nº. 12, 24-7-1982) e a Lei 4/2002, do 25 de xuño, do estatuto da capitalidade da cidade de Santiago de Compostela (DOG nº. 142, 24-7-2002).

Complementábase a regulación do capítulo do Estatuto dedicado á Cámara galega coa previsión, efectiva na práctica, do funcionamento dun comisionado parlamentario para o control da Administración e a tutela dos dereitos fundamentais: o Valedor do Pobo (desenvolvido pola Lei autonómica 6/1984, do 5 de xuño, do Valedor do Pobo. DOG nº. 135, 14-7-84). Hai que referir tamén a existencia doutro órgano estatutario dependente da Cámara e que realiza o control externo das finanzas públicas autonómicas: o Consello de Contas de Galicia (cuxa Lei institucional é a 6/1985, do 24 de xuño. DOG nº. 130, 9-7-1985).

O poder executivo de Galicia está composto pola Xunta e o seu presidente. Este último dirixe e coordina a acción do goberno e exerce a representación da Comunidade Autónoma e a ordinaria do Estado en Galicia. É elixido polo Parlamento entre os seus membros (Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa presidencia. DOG nº. 23, 21-3-1983).

A Administración de xustiza en Galicia culmina no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que ten a súa sede na cidade da Coruña, ante o cal se esgotan as sucesivas instancias procesuais, nos termos establecidos polo artigo 152 da Constitución.

O abano competencial do Estatuto é moi amplo, como corresponde a unha nacionalidade histórica que desde un primeiro momento accedeu ao nivel competencial previsto no artigo 149 da Constitución. Convén aquí dar conta da existencia dun título do texto autonómico dedicado á Administración pública galega, en que se perfilan tamén as liñas

mestras da organización territorial.

A actividade económica e financeira da Comunidade autónoma aparece delimitada no título IV do Estatuto que trata "Da economía e a facenda". Foi particularmente importante no funcionamento autonómico a aprobación do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, que integra o desenvolvemento normativo fundamental das cuestións reguladas neste título do Estatuto.

Por último, os artigos 56 e 57 do Estatuto dedícanse á problemática da reforma. De modo paralelo ao do texto constitucional, establécense dúas vías para a revisión, segundo as materias que esta afecte.

A REFORMA DO ESTATUTO.

A problemática da reforma do Estatuto de autonomía para Galicia pode ser abordada desde varias perspectivas complementarias pero moi heteroxéneas entre si. Non se farán aquí enfoques que poden ser de gran interese como os estritamente políticos, sociolóxicos ou económicos, senón que se presentarán reflexións de tipo xurídico cando xa transcorreron máis de trinta anos desde a promulgación da máxima norma autonómica.

Como no seu día apuntou PEDRO DE VEGA para o caso da Constitución, temos que concluír que a mecánica da reforma estatutaria debe cumprir varias funcións moi relevantes dentro do sistema xurídico-político.

En primeiro lugar, a reforma do Estatuto de Galicia debe servir para que a realidade política regulada no seu seo reciba un correcto tratamento. É indiscutible que a situación política de 1981 non ten os mesmos condicionantes nin vías de actuación que a que vivimos hoxe en día e a cuxo obxecto a reforma responde ás novas demandas da sociedade galega actual.

En segundo lugar, acudindo ao mecanismo previsto no título V do noso Estatuto de autonomía, prodúcese un cambio normativo sen quebra da continuidade xurídica. Trátase dunha modificación que ten lexitimidade no propio ordenamento xurídico de Galicia e que encontra nel os seus límites e procedementos de actuación. Modificar o Estatuto de autonomía non supón destruílo senón acomodalalo á realidade histórica e inserilo máis

adecuadamente no sistema xurídico do Estado español.

Por último, a reforma do estatuto é a vía fundamental de garantir a súa primacía fronte á actuación dos poderes estatutarios. Posto que só mediante a reforma é posible modificar o contido do Estatuto de autonomía para Galicia, nunca poderán os poderes nel creados, Parlamento, Xunta e Presidente, intentar desempeñar competencias que están reservadas estatutariamente. Esta última reflexión ten particular interese desde a perspectiva das minorías, que sempre estarán protexidas polo contido da norma respecto á actuación dos poderes que son dominados polas maiorías políticas.

Cando se fala de reforma estatutaria, é preciso achegar unha perspectiva práctica sobre o proceso aberto no sistema político español e autonómico, sen limitar o tratamento das institucións estatutarias á redacción do texto de 1981, senón tendo en conta as outras variables que condicionan o programa político que un documento de carácter constitucional leva consigo.

En efecto, como é ben sabido, os textos xurídicos de carácter político tales como as constitucións ou os estatutos de autonomía comportan a actuación de operadores que condicionan e en ocasións modifican os seus propósitos iniciais. Resulta por iso obvio que unha análise da redacción do Estatuto de autonomía para Galicia para o seu avance e actualización precisa, de maneira incuestionable, da esexese da actuación en primeiro lugar do Tribunal Constitucional que, a través das súas sentenzas, delimitou a interpretación do alcance do estatuto ao abeiro da Constitución.

Ademais, é necesario dar conta da actividade lexislativa do Parlamento de Galicia como principal responsable do desenvolvemento normativo do estatuto e, finalmente, da execución levada a cabo pola Xunta de Galicia en canto responsable fundamental das políticas públicas autonómicas.

Todas estas circunstancias constitúen o que a técnica constitucionalista denomina como “mutacións constitucionais” que, no noso caso, serían mutacións estatutarias, é dicir, cambios no contido do Estatuto de autonomía operados por vía xurisprudencial, lexislativa ou regulamentaria, sen se teren instrumentado os mecanismos da reforma previstos no título V do noso Estatuto.

O Tribunal Constitucional tratou esta cuestión dos procedementos de reforma nos estatutos de autonomía na súa importantísima sentenza de xuño de 2010 relativa ao Estatuto de Cataluña, nos seguintes termos:

“...Polo demais, cómpre sinalar que o presidente de cada unha das comunidades autónomas (que é nomeado polo rei, artigo 152.1 CE) é, por declaración constitucional (no mesmo artigo 152.1 CE), o representante ordinario do Estado na Comunidade Autónoma e que no acto de convocatoria do referendo de reforma estatutaria que agora examinamos actúa en calidade de tal, dado que ese acto, a diferenza do de iniciativa da reforma, non é de natureza exclusivamente autonómica, senón de natureza estatal, ao inserirse na fase última ou definitiva de adopción dunha norma do Estado cuxo texto xa recibiu a aprobación das Cortes Xerais [artigo 222.1 d) EAC, como así tamén sucede no artigo 223.1 i) EAC]. Por iso, ao convocar, faino, non en representación da Comunidade Autónoma (artigo 152.1 CE), senón en representación do Estado (na súa outra calidade institucional, segundo o mesmo artigo 152.1 CE), o que significa, aínda máis especificamente, en nome do órgano estatal, o rei, que ten atribuída de modo xeral [artigo 62 c) CE] a dita función. De aí que o artigo 62 c) CE non supoña obstáculo para que o presidente da Comunidade Autónoma convoque o referendo de reforma estatutaria. Como tampouco hai obstáculo constitucional para que, estándolle tamén atribuída ao rei a función xeral de promulgar as leis [artigo 62 a) CE], as autonómicas as promulgue o presidente da respectiva Comunidade Autónoma en nome do rei. Dese modo deben ser entendidos os preceptos do Estatuto de autonomía de Cataluña que agora estamos examinando.

En consecuencia, en razón do exposto, debe concluírse que a dicción do artigo 62 c) CE non se opón a que os referendos de reforma estatutaria, unha vez autorizados polo Estado, sexan convocados polo presidente da respectiva Comunidade Autónoma sempre en nome do rei.

Interpretados neses termos, os artigos 222.1 d) e 223.1 i) EAC non son contrarios á Constitución, e así se disporá na resolución...”

Como apuntei anteriormente, o Estatuto de autonomía configúrase de acordo co 147 da Constitución como a lei superior da Comunidade Autónoma. Este carácter atribuído pola Constitución adquire, no caso galego, un reforzamento fáctico innegable por tratarse

dunha lei sometida ao referendo positivo do pobo galego. Obviamente, as consecuencias que a rixidez estatutaria ten derivan os seus efectos tanto respecto das leis aprobadas polas Cortes Xerais como das que poida aprobar o Parlamento de Galicia como órgano creado polo propio Estatuto. Tomando en conta este perfil do estatuto hai que subliñar o seu carácter moi especial como norma en que se reflicte o desexo de autonomía de Galicia e que recibe, por outra parte, a protección de todos os órganos do Estado ao integrarse dentro do seu ordenamento xurídico.

Se as reformas legislativas sempre deben responder a reflexivos estudos de oportunidade, o Estatuto de autonomía moi especialmente só debe ser reformado cando exista un consenso dominante sobre a oportunidade de facelo e o contido que debe ser modificado. Por estas ideas, o noso texto estatutario consagra unhas vías de cambio con certas garantías que se afastan da simple reforma normativa de calquera outra lei ordinaria.

A que, segundo apuntamos, se configura como natureza semellante á constitucional dos estatutos, non debe traer consigo a idea da súa imposibilidade de cambio. As ideas que PEDRO DE VEGA no seu momento apuntou como motivos últimos da regulación da reforma constitucional son perfectamente transpoñibles ao caso do Estatuto de autonomía que, pola súa función política e institucional, poderá en cada momento necesitar de adaptacións á sociedade para a que foi aprobado.

O tratamento da reforma estatutaria deu lugar a debates no procedemento da súa elaboración, debates que xa existiron no seu momento con motivo da regulación do precedente Estatuto de autonomía da II República. No artigo 33 daquel texto estatutario regulábase a reforma, distinguindo que esta afectase a Constitución de 1931 e as relacións co Estado ou non afectase tales ámbitos. Este punto de partida é o que hoxe en día asume o Estatuto de 1981. No suposto de que a reforma entrase en materias constitucionais ou de relacións coa Administración central, o Estatuto de 1936 establecía que debía levala a cabo o Parlamento de Galicia e ser sometida posteriormente a referendo.

No caso de que a reforma non se encadrase no primeiro dos supostos descritos, o procedemento variaba segundo a iniciativa partise de Galicia ou do Estado. Para iso establecíanse distintas fases, ben que o referendo final era inescusable.

O antecedente do Tribunal Constitucional español actual, que na Constitución republicana se denominaba Tribunal de Garantías Constitucionais, era competente para determinar unha eventual disputa entre o Estado e Galicia en relación co tipo de reforma que se suscitase, aspecto este que na actualidade queda dentro do ámbito estritamente parlamentario.

No tocante á evolución recente no proceso de elaboración do Estatuto de 1981, hai que subliñar que o documento máis destacado constituído polo Estatuto dos 16 prevía un único procedemento para a reforma e establecía, ademais, unha cláusula de intanxibilidade, isto é, a limitación da reforma estatutaria en relación con certas materias, en concreto con aquelas que puidesen supor unha discriminación da capacidade e competencia de autogoberno de Galicia ou dos dereitos ou deberes fundamentais dos cidadáns galegos.

Respecto do procedemento, o Proxecto dos 16 prevía a aprobación por dous terzos en primeira votación e maioría absoluta en segunda por parte do Parlamento, e posterior referendo popular. Obviamente, nun momento final as Cortes Xerais serían quen aprobase a reforma mediante lei orgánica. Singularidade destacada é a previsión de que a reforma estatutaria puidese provir dunha iniciativa popular, aspecto este que transmite unha sensibilidade con este instrumento de democracia directa moi próxima a iniciativas recentes no ámbito europeo (Regulamento 211/2011 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de febreiro, sobre iniciativa cidadá).

A iniciativa popular para a tramitación da reforma tamén aparecía no texto do anteproxecto do Estatuto da asemblea de parlamentarios, aínda que posteriormente no ditame da comisión constitucional do Congreso desaparece e se atribúe a iniciativa ás Cortes Xerais, describindo que na reforma dos estatutos nas nacionalidades históricas e nos estatutos doutras comunidades autónomas se seguiría ese trámite.

A reforma estatutaria prevista no título V do texto galego identifícase fundamentalmente coas normas previstas nos artigos 46 e 47 do Estatuto para o País Vasco. Deste modo, existe unha dobre vía ordinaria e extraordinaria en común en ambos os textos estatutarios. Iso si, pódese subliñar que no caso galego a maioría parlamentaria exixida é dos dous terzos dos deputados, mentres que no País Vasco só se exige a maioría absoluta.

Esta diferenza no quórum resultou clave na VII Lexislatura do Parlamento galego para a imposibilidade procedemental de levar a cabo a reforma. Ademais, tamén o Estatuto galego é máis remiso á reforma cando establece que a falta de aprobación parlamentaria ou a non confirmación por referendo impedirá que a proposta de reforma sexa novamente sometida a debate e votación da Cámara, mentres non transcorra un ano.

O Estatuto de autonomía para Galicia regula, nos seus artigos 56 e 57, o procedemento de reforma, e dedica, respectivamente, o primeiro destes artigos ao procedemento que se pode chamar ordinario e o segundo ao procedemento especial.

Artigo 56:

1. A reforma do Estatuto axustarase ao seguinte procedemento:

- a) A iniciativa de reforma corresponderá á Xunta, ao Parlamento galego, por proposta dunha quinta parte dos seus membros, ou ás Cortes Xerais
- b) A proposta de reforma requirirá, en todo caso:
 - A aprobación do Parlamento galego por maioría de dous terzos
 - A aprobación das Cortes Xerais mediante lei orgánica
 - O referendo positivo dos electores

2. Se a proposta de reforma non é aprobada polo Parlamento galego ou polas Cortes Xerais ou non é confirmada mediante referendo polo corpo electoral, non poderá ser sometida novamente a debate e votación do Parlamento ata que transcorra un ano.

3. A aprobación da reforma polas Cortes Xerais, mediante lei orgánica, incluírá a autorización do Estado para que a Comunidade Autónoma galega convoque o referendo a que se refire a alínea b) do número 1 deste artigo.

Artigo 57:

Malia o disposto no artigo anterior, cando a reforma teña por obxecto a simple alteración da organización dos poderes da CA e non afecte as relacións das CCAA co Estado, poderase proceder da seguinte maneira:

- a) Elaboración do proxecto de reforma polo Parlamento de Galicia

- b) Consulta ás Cortes Xerais
- c) Se no prazo de 30 días a partir da recepción da consulta prevista no punto precedente, as Cortes Xerais non se declaran afectadas pola reforma, convocarase, debidamente autorizado, un referendo sobre o texto proposto
- d) Requirirase finalmente a aprobación das Cortes Xerais mediante lei orgánica.
- e) Se no prazo sinalado na letra c) as Cortes se declaran afectadas pola reforma, esta deberá seguir o procedemento previsto no artigo anterior, e daranse por cumpridos os trámites da alínea a) do nº 1 do mencionado artigo.

A coincidencia na redacción dos artigos 56 a 57 do Estatuto de Galicia é moito maior cos preceptos que regulaban esta cuestión nos estatutos de Cataluña e Andalucía na súa redacción anterior que na actual.

En todo caso, hai que sinalar que o procedemento galego establece moitas reservas en relación coa posible reforma, tanto respecto das iniciativas nadas na Comunidade Autónoma, como aquelas que proveñen do Estado. Este dato resulta salientable en relación coa análise das regulacións estatutarias das comunidades autónomas que accederon á autonomía pola vía gradual, previstas no artigo 143 da Constitución. Deste modo, nestas comunidades permítese nalgúns casos a participación dos municipios no proceso de iniciativa ou, cando menos, no momento posterior para audiencia. Este aspecto no caso galego foi tido en conta pola vía fáctica cando, na Comisión de estudo para a reforma do Estatuto creada na VII lexislatura, se deu audiencia a un amplo número de entidades afectadas, tamén de carácter territorial.

Por outra parte, os estatutos de vía lenta establecen tamén unha maioría cualificada cando a reforma supón a asunción de novas competencias, de tal maneira que simplemente con maioría absoluta se fai posible a ampliación competencial.

Finalmente, cómpre salientar unha especialidade inexistente no caso galego, e que se constataba no procedemento do anterior estatuto valenciano, consistente en que no suposto de que as Cortes Xerais non aprobasen a proposta de reforma, a devolución do texto ao Parlamento valenciano se faría para unha deliberación, dándose conta na mensaxe motivada dos aspectos que ocasionaran o seu rexeitamento e propondo

solucións alternativas.

Como se pode observar, a variedade de regulación autonómica é manifesta e evidencia que o contido dos procedementos establecidos no Estatuto para Galicia limita tremendamente a posibilidade da reforma, incidindo unha vez máis na idea do consenso, xa non só dentro da autonomía, senón coas propias maiorías parlamentarias nas Cortes Xerais.

O procedemento ordinario está previsto no artigo 56 do EAG. Regula este precepto varias cuestións básicas do procedemento:

- a. Iniciativa que é tripla: Xunta, Parlamento (quinta parte dos seus membros) ou Cortes Xerais
- b. Aprobación da proposta de reforma polo Parlamento de Galicia (maioría de dous terzos), polas Cortes Xerais (mediante lei orgánica) e por referendo positivo dos electores.
- c. Aprobación da reforma polas Cortes Xerais, que inclúe a autorización para que a Comunidade Autónoma de Galicia convoque o preceptivo referendo.

O precepto inclúe ademais a cautela de que, no caso de fracaso de calquera das tres preceptivas aprobacións, a proposta de reforma quedará paralizada polo menos durante un ano.

É necesario precisar algúns aspectos previstos no artigo 56 do Estatuto de autonomía de Galicia para delimitar o seu alcance concreto.

En primeiro lugar, hai que dicir que o procedemento ordinario establecido no citado artigo debe ser entendido como unha canle supletoria e aplicable, polo tanto, de maneira xenérica, a calquera reforma estatutaria, co único límite das materias previstas no artigo 57 do Estatuto.

En coherencia, aqueles cambios na redacción que impliquen simplemente a organización de poderes da nosa comunidade e que non afecten as relacións co Estado encontrarán o seu correcto encaixe no artigo 56 do Estatuto. Unha parte importante da doutrina autonómica entende que o procedemento previsto no artigo 56 resulta de aplicación a todo o Estatuto de autonomía, incluso a materias previstas no seu título I que afectan a

configuración do Parlamento unicameral, a designación do presidente de entre os parlamentarios e a súa posibilidade de destitución pola Cámara ou a configuración electoral provincial das eleccións ao Parlamento.

Por outra parte, e en relación co procedemento de reforma, criticouse a atribución da iniciativa ás Cortes Xerais nunha concepción tan autonomista como a que deseña a Constitución española de 1978. Esa lexitimación do Parlamento español preséntase como incoherente tanto desde a perspectiva dunha reforma estatutaria autonomista, para a que parece máis idónea que a iniciativa proveña do Goberno ou do Parlamento de Galicia, como para calquera intento de recentralización política que pretenda limitar as competencias autonómicas. Unha vez máis, a chamada ao necesario consenso, xa non só entre forzas políticas senón tamén entre institucións representativas territoriais e nacionais, resulta imprescindible cando falamos de reforma estatutaria.

Particulares problemas suscita a necesidade de aprobación mediante referendo da reforma do Estatuto, xa que esta cuestión está tratada na Lei orgánica 2/1980, reguladora das distintas modalidades de referendo. Despois da experiencia na elaboración do Estatuto de autonomía para Andalucía resulta perigoso, desde unha perspectiva da súa aplicación práctica, o requisito legal de que a maioría de votos afirmativos validamente emitidos deba contrastarse en cada provincia e non na globalidade da comunidade autónoma. Baste para iso comprobar a solución que no seu momento se deu no caso andaluz e as críticas doutrinais que comportou.

O procedemento menos ríxido e máis expeditivo previsto no artigo 57 do Estatuto de autonomía para Galicia sería de utilización nos casos en que non existisen interferencias dos poderes centrais para conseguir as reformas estatutarias de carácter propio e non relacionadas con ámbitos estatais conflitivos. Este procedemento suscita problemas interpretativos á hora de delimitar que aspectos da modificación do Estatuto afectan ou non as relacións co Estado. Un criterio lóxico é considerar que o Parlamento español, como depositario da soberanía nacional, é capaz de interpretar o interese xeral á hora de valorar se a canle elixida é a correcta, a sabendas de que a súa decisión terá un carácter fundamentalmente político, quedando para o Tribunal Constitucional a decisión estritamente xurídica no caso de suscitarse conflitividade constitucional ao respecto.

O texto do Estatuto permaneceu sen modificar ata hoxe en día. Consta dun título preliminar e 5 títulos que conteñen 57 artigos, 4 disposicións adicionais e 7 disposicións transitorias.

Tan sóo cabe citar, pola existencia dunha previsión estatutaria para o efecto, a Lei 18/2002, do 1 de xullo, do réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia e de fixación do alcance e das condicións da dita cesión. Neste sentido, modifícase o contido do punto 1 da disposición adicional primeira do Estatuto de autonomía para Galicia, co obxecto de especificar os tributos que se ceden a esta Comunidade Autónoma, sen que esta modificación teña, segundo a disposición citada, a consideración de reforma estatutaria.

Durante o ano 2006 comezou o proceso de estudo da reforma do Estatuto de autonomía de Galicia mediante a solicitude, o 27 de febreiro, dos grupos parlamentarios Popular, Socialistas de Galicia e do Bloque Nacionalista Galego, canalizada a través dos seus respectivos voceiros, de creación dunha comisión de composición proporcional baixo a denominación de Comisión de estudo da reforma do Estatuto de autonomía de Galicia. Simultaneamente, no mesmo escrito, solicitábase a creación no seu seo dunha ponencia conxunta paritaria para elaborar unha proposición de lei de modificación do dito Estatuto, composta por tres membros titulares e un suplente por cada grupo parlamentario.

Seguidamente, o 3 de abril de 2006, ditáronse as normas de funcionamento da Comisión de estudo da reforma do Estatuto de autonomía de Galicia. O 7 de abril de 2006, a mencionada Comisión aprobou o seu plan de traballo, que incluía a relación de comparecentes, así como os criterios de programación, organización e desenvolvemento das comparecencias.

Producíronse desencontros pero existía vontade de diálogo e a reforma do Estatuto estaba encamiñada, tal como declaraba o presidente da Xunta o 16 de novembro de 2006, tras unha reunión cos líderes dos partidos políticos, que decidiran axilizar os traballos e estableceran o mes de xaneiro de 2007 como tope para selar un acordo político básico. Tanto é así que a Ponencia para a reforma do Estatuto de autonomía se reuniu de novo o día 11 de xaneiro de 2007 e, ao parecer, se o pacto non chegaba coas primeiras semanas do ano, a Comisión interrompería os traballos, que non continuarían ata despois das

eleccións municipais de maio de 2007. Nas lexislaturas posteriores non se retomaron os traballos de reforma.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRA, DA SEGUINTE BIBLIOGRAFÍA
SELECCIONADA**

- Máiz Suárez, R. *As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia* / Ramón Maíz, Xosé A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.
- Sarmiento Méndez, X. A. *Dereito parlamentario de Galicia* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--[Vigo]: Edicións Xerais de Galicia, [2001].
- Sarmiento Méndez, X. A. *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--Vigo: Edicións Xerais de Galicia, [2003].
- Teixeira Piñeiro, Anxo. *O Parlamento de Galicia* / Anxo Teixeira Piñeiro.--Vigo: Ir Indo, D.L. 1988.
- Meilán Gil, J. L. - con Rodríguez-Arana Muñoz, J. *O Dereito estatutario galego*, Ed. Parlamento de Galicia, A Coruña, 1988.

TEMA 2

BASES FUNDAMENTAIS DA AUTONOMÍA GALEGA: O TERRITORIO. OS SÍMBOLOS. A LINGUA E CULTURA GALEGAS. O RECOÑECIMENTO DA GALEGUIDADE. A CONDICIÓN DE GALEGO. OS DEREITOS DOS CIDADÁNS GALEGOS: GARANTÍAS. OS DEREITOS LINGÜÍSTICOS DOS CIDADÁNS GALEGOS.

TEMA 2. BASES FUNDAMENTAIS DA AUTONOMÍA GALEGA: O TERRITORIO. OS SÍMBOLOS. A LINGUA E CULTURA GALEGAS. O RECOÑECIMENTO DA GALEGUIDADE. A CONDICIÓ DE GALEGO. OS DEREITOS DOS CIDADÁNS GALEGOS: GARANTÍAS. OS DEREITOS LINGÜÍSTICOS DOS CIDADÁNS GALEGOS.

BASES FUNDAMENTAIS DA AUTONOMÍA GALEGA: O TERRITORIO

Considerando o territorio como ámbito de validez no exercicio das competencias das comunidades autónomas, sinala CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, é necesario formularse a continuación a cuestión de se disto debe derivar forzosamente a imposibilidade de todo efecto extraterritorial das decisións daquelas. Ou, o que é o mesmo, se o territorio constitúe un límite absoluto ou infranqueable no exercicio das competencias autonómicas que impide todo efecto extraterritorial e que, de darse este, xustificaría a competencia estatal.

Ao igual que outros estatutos de autonomía, o Estatuto galego consagrou expresamente o principio de territorialidade das competencias autonómicas. No número primeiro do artigo 37 determínase taxativamente que “as competencias da Comunidade Autónoma de Galicia se entenden referidas ao seu territorio”. Todas as normas atributivas de competencia á Comunidade Autónoma comportan sempre esta limitación territorial; como dixo o Tribunal Constitucional (Sentenza 88/1989, do 11 de maio) “a conexión territorial das competencias incorpórase a cada norma atributiva contida no Estatuto; atribución competencial que, polo demais, en moitos casos, vén tamén efectuada con base no criterio do territorio”.

Poderíamos preguntarnos, seguindo o egregio profesor compostelán citado, pois, se impide esta conexión territorial das competencias toda produción de efectos extraterritorial no exercicio delas.

O Tribunal constitucional, na súa Sentenza 37/1981, do 16 de novembro, resumiu acertadamente as razóns da extraterritorialidade dos efectos das decisións autonómicas observando que:

- Esta limitación da eficacia das normas e actos non pode significar de xeito

ningún, que lle estea vedado por isto aos seus órganos, en uso das súas competencias propias, adoptar decisións que poidan producir consecuencias de feito noutros lugares do territorio nacional.

- A unidade política, xurídica, económica e social de España impide a súa división en compartimentos estancos e, en consecuencia, a privación ás comunidades autónomas da posibilidade de actuar cando os seus actos poidan orixinar consecuencias máis alá dos seus límites territoriais equivalería necesariamente a privalas, pura e simplemente, de toda a capacidade de actuación.

En suma, pois, e polas razóns tan ben resumidas polo noso Tribunal Constitucional, o territorio non se nos aparece, como xa indicaba antes, como un límite absoluto ao exercicio das competencias autonómicas, senón que estas poden despregar, en moitos casos, unha serie de efectos extraterritoriais ou, se se quere, “consecuencias de feito”, por utilizar a mesma expresión da sentenza citada. O territorio si é, en opinión de PRECEDO LEDO, un plano imprescindible de actuación para a mellora da calidade de vida dos cidadáns de Galicia.

Pola súa parte, o artigo 2 do Estatuto de autonomía para Galicia dispón:

“1. O territorio de Galicia é o comprendido nas actuais provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra.

2. A organización territorial terá en conta a distribución da poboación galega e as súas formas tradicionais de convivencia e asentamento.

3. Unha lei do Parlamento regulará a organización territorial propia de Galicia, de acordo co presente Estatuto”.

En relación con este precepto, resulta de interese a STC 214/1989, do 21 de decembro, pola que o Tribunal Constitucional estuda os recursos de inconstitucionalidade interpostos, entre outros, polo Parlamento de Galicia e a Xunta de Galicia, en relación con determinados artigos da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local, pois, como no seu día apuntou BÉRTOLO CADENAS, o ámbito territorial local é un dos que máis influencia constitucional tivo e respecto dos que máis novidades lexislativas cabería

esperar.

A citada sentenza afirma que a cuestión formulada polo Parlamento e a Xunta de Galicia en relación co parágrafo 2º do artigo 42 exige ter en conta que, de acordo co disposto nos artigos 2.1 e 3, 27.2 e 40 EAG, a comarca non se configura como unha entidade necesariamente integrante da organización territorial da Comunidade Autónoma. Este feito, a diferenza da opción pola que se decantaron outros estatutos (tal é o caso de Cataluña: artigos 2, 5.1 e 3 EAC), comporta un efecto fundamental, consistente en que a regulación e constitución da comarca en Galicia non pode considerarse como resultante da potestade de autoorganización da propia Comunidade Autónoma.

Polo contrario, consecuencia da competencia lexislativa que sobre o réxime local asumiu estatutariamente, o que sitúa a cuestión nunha perspectiva singular en canto á eficacia vinculante que a LRBRL poida desprezar. O EAG optou, en efecto, por reconducir a competencia lexislativa autonómica, en relación co feito comarcal, ao desenvolvemento das bases lexislativas estatais, dados os termos do seu artigo 40.1, que, como xa se sinalou, expresamente remite ao artigo 27.2 da mesma norma estatutaria.

O Tribunal Constitucional conclúe: "... En consecuencia, as comarcas non aparecen dotadas de ningunha garantía estatutaria, ao non ser senón entes continxentes en función da decisión que adopte o lexislador autonómico, o cal, ben que poderá dispor sobre a constitución e creación de tales entes, deberá facelo, en todo caso, con suxeición ás exixencias determinadas pola lexislación básica estatal. Lexislación básica estatal á cal o propio estatuto apela expresamente, razón pola cal, en si mesmo considerado, o artigo 42.2 LRBRL que se impugna non se pode considerar que invada ou vulnere as competencias autonómicas na materia.

É certo que co exposto non queda esgotada a cuestión, xa que pode suceder que, polo seu contido, o artigo 42.2 LRBRL desborde o concepto mesmo de "bases", incorrendo así nunha extralimitación competencial determinante da súa inaplicabilidade directa no ámbito territorial da CA Galicia. Non obstante, non resulta apreciable ese hipotético exceso na norma básica estatal ditada ao abeiro do artigo 149.1.18 CE, dado que a posibilidade de que a vontade municipal poida chegar a impedir a constitución dunha determinada comarca proxéctase na creación dun ente que, como vimos, nin é elemento necesario da

organización territorial da Comunidade Autónoma nin desfruta, por isto, de garantía estatutaria ningunha."

CARBALLEIRA RIVERA chamou a atención sobre as necesidades de coordinación das administracións públicas existentes en Galicia para unha correcta xestión territorial, cuestión que autores como FERREIRA FERNÁNDEZ tamén entenden decisiva para a pertinente toma en conta do papel da comarca na estrutura administrativa galega.

OS SÍMBOLOS

Bandeira, himno e escudo son símbolos caracterizados da unidade política de referencia e, en tal sentido, segundo VILAS NOGUEIRA, postulan normalmente un réxime xurídico que asegure a súa protección e o seu uso.

O artigo 6 de noso estatuto prevé:

"1. A bandeira de Galicia é branca cunha banda diagonal de cor azul que a atravesa desde o ángulo superior esquerdo ao inferior dereito.

2. Galicia ten himno e escudo de seu."

Están regulados pola Lei 5/1984, do 29 de maio, de símbolos de Galicia, aprobada polo Parlamento de Galicia o 23 de xuño de 1984. Conforme o que establece o preámbulo, esta lei parte de considerar que os tres símbolos de Galicia foron asumidos como seus polo pobo galego e non fai, polo tanto, máis precisións que:

- Fixar as estritamente imprescindibles para un uso correcto da bandeira
- establecer definitivamente a composición do escudo
- darlle carácter oficial á letra e á música do himno, obra de Pondal e de Veiga, respectivamente.

"A bandeira, o escudo e o himno de Galicia simbolizan a súa identidade como nacionalidade histórica", determina o artigo primeiro da lei.

Con respecto á **bandeira**, a norma legal limítase a regular a oficial, isto é, a que vai cargada con escudo, e a facer as previsións precisas no relativo ao seu uso e ás súas precedencias.

A bandeira de Galicia é branca cunha banda diagonal de cor azul que a atravesa desde o ángulo superior esquerdo ao inferior dereito. A bandeira deberá levar cargado o escudo oficial nos edificios públicos e nos actos oficiais da Comunidade Autónoma.

Segundo un informe emitido pola Real Academia da Historia en 1931, dedúcese que a bandeira galega "conta polo menos catro séculos de existencia", ben que para poder citar un feito concreto onde se faga patente o seu carácter de representación dunha colectividade temos que remontarnos á Guerra da Independencia Española, pois era o emblema, naquel caso, que portaba o Batallón Universitario de Santiago.

En canto ao **escudo**, cando se data por vez primeira e con certeza é no "Armorial Bergshanmar", cuxa recompilación data de 1436, onde se recollen uns tres mil trescentos escudos pertencentes a Estados e familias de case toda Europa. Alí podemos ver "*en el folio cuatro vuelto... copón bien estilizado y llenando lo más posible el campo del escudo*". Arriba da composición está escrita a palabra *Galiscién* (Galicia).

JOSEPH DE AVILÉS, no seu "Ciencia heroica", definiuno así posteriormente: "*El reyno de Galicia en España trae campo de azur sembrado de cruces recrucetadas y a pie, fijado de oro, y un copón el cáliz cubierto de lo mismo*".

O escudo de Galicia trae, en campo de azur, un cáliz de ouro sumado dunha hostia de prata, e acompañado de sete cruces recortadas do mesmo metal, tres a cada lado e unha no centro do xefe.

O timbre, coroa real, cerrada, que é un círculo de ouro, engastado de pedras preciosas, composto de oito floróns de follas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas e das súas follas saen cadansúas diademas sumadas de perlas que converxen nun mundo azur, co semimeridiano e o ecuador de ouro, sumado de cruz de ouro. A coroa, forrada de gules, ou vermello.

O escudo de Galicia deberá figurar:

- Nas bandeiras a que se refire o artigo 5 da lei.
- Nas leis de Galicia que promulgue, en nome do rei, o presidente da Xunta de Galicia.

- Nas placas nas fachadas dos locais da Administración autonómica.
- Nos cuños en seco e de lacre da Comunidade Autónoma.
- Nos títulos acreditativos de condecoracións galegas.
- Nas publicacións oficiais.
- Nos documentos, impresos, cuños e cabeceiras de uso oficial da Comunidade.
- Nos diplomas e títulos.

A lei declara **himno** de Galicia a composición "Os Pinos", poema de EDUARDO PONDAL e música de PASCUAL VEIGA, e establece determinadas disposicións para o uso correcto da bandeira nas diversas circunstancias. A bandeira de Galicia utilízase:

- xuntamente coa de España,
- en todos os edificios públicos do ámbito territorial da Comunidade Autónoma
- nos actos oficiais que nela se celebren.

En canto ás precedencias e uso dos símbolos oficiais, establécese que a bandeira de Galicia, cando concorra soamente coa bandeira de España, situarase á súa esquerda desde a presidencia, se a houber, e á dereita do observador. Cando concorra ademais con bandeiras de deputacións ou calquera outra corporación pública que utilice bandeira propia, a de Galicia situarase á dereita da de España se o número é impar e á súa esquerda se é par. Se concorre con outras bandeiras, estas non poderán ser de maior tamaño que a de Galicia.

Resulta problemático que sexa un artigo da lei de símbolos de Galicia o que dispoña a mesma protección xurídica para os símbolos galegos que o que as leis estatais confiren aos símbolos do Estado "con aplicación dos mesmos casos e supostos que estas prevén". A protección penal, como sabemos, non pode ser outorgada mediante leis autonómicas posto que pola natureza de lei orgánica que se exige no artigo 81 da Constitución para aquelas que limiten dereitos ou liberdades fundamentais deberán ser as Cortes Xerais as que dispoñan a protección penal dos símbolos autonómicos. Esta doutrina foi asentada, no sentido de reforzar a seguridade xurídica, pola Sentenza 118/1992, ditada polo Tribunal Constitucional o 16 de setembro dese ano. Nela declárase a inconstitucionalidade do artigo

10 número 3.º da Lei 39/1981 que presumía a publicidade nas ultraxes e ofensas ás bandeiras para os efectos do disposto no antigo artigo 123 do Código penal. Hoxe en día este problema está resolto pola actual redacción do novo Código penal de 1995 (artigo 543) que tutela de maneira igual os símbolos estatais e autonómicos no ámbito sancionador.

Distinta protección é a recollida pola disposición transitoria segunda da Lei de símbolos de Galicia en que, sen prexuízo de admitir a necesidade de que os símbolos galegos daquela existentes deban axustarse ao disposto na lei no prazo dun ano, permite que se manteñan os escudos existentes en edificios declarados monumentos histórico-artísticos e naqueles outros monumentos, edificios ou construcións de que sexan parte ornamental importante ou se a súa estrutura se puidese danar ao separar os escudos. Esta disposición resulta de polémica aplicación cando os escudos existentes pertencen a réximes políticos anteriores de carácter non democrático e figuran en edificios que teñen unha significación simbólica relevante na vida pública de Galicia (así, no caso dos pazos de xustiza de certas cidades e vilas do país).

A LINGUA E CULTURA GALEGAS

A lingua galega constitúe o principal patrimonio cultural de nosa Comunidade, como sinal de identificación e diferenciación de Galicia. O Estatuto de autonomía, como recordou FILGUEIRA VALVERDE no artigo 5, recoñécea como lingua propia dos galegos, e o artigo 4.1 da Lei de normalización lingüística declara o galego como lingua oficial da Administración local.

O artigo 5 do Estatuto de Galicia di:

"1. A lingua propia de Galicia é o galego.

2. Os idiomas galego e castelán son oficiais en Galicia e todos teñen o dereito de os coñecer e de os usar.

3. Os poderes públicos de Galicia garantirán o uso normal e oficial dos dous idiomas e potenciarán o emprego do galego en todos os planos da vida pública, cultural e informativa, e disporán os medios necesarios para facilitar o seu coñecemento.

4. Ninguén poderá ser discriminado por causa da lingua."

O Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no ensino non universitario de Galicia dá conta, na súa exposición de motivos, da evolución normativa do desenvolvemento da previsión do artigo 5 do Estatuto de autonomía para Galicia.

A exposición citada describe que as linguas constitúen un elemento básico de identidade cultural e representan un valor fundamental de cohesión dunha comunidade. O artigo 3 da Constitución española establece, no seu punto 1º, que o castelán é a lingua oficial do Estado, e, no punto 2º, que as demais linguas españolas serán tamén oficiais nas respectivas comunidades autónomas de acordo cos seus estatutos, e sinala que a lingua é un patrimonio cultural que será obxecto de especial respecto e protección. Este punto de partida constitucional foi destacado por GÓMEZ-REINO Y CARNOTA para demandar a necesidade dunha correcta definición xurídica ao respecto.

O Estatuto de autonomía de Galicia, no seu artigo 5, define o galego como lingua propia de Galicia e dispón que os idiomas galego e castelán sexan oficiais en Galicia e que todos teñan o dereito de coñecelos e usalos. Así mesmo, establece que os poderes públicos de Galicia:

- a. potenciarán o uso do galego en todos os planos da vida pública, cultural e informativa
- b. disporán dos medios necesarios para facilitar o seu coñecemento.

A Lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística, de conformidade coas disposicións precedentes, garante a igualdade do galego e do castelán como linguas oficiais de Galicia e posibilita a incorporación da lingua galega á Administración, ao ensino e aos medios de comunicación públicos, favorecendo un cambio de tendencia na súa consideración social e na incorporación do idioma a novas esferas da vida social. O artigo 14 desta lei indica que ao final do ensino obrigatorio garantírase a igualdade de competencia lingüística nos dous idiomas oficiais. Nesta mesma liña, e desde unha perspectiva máis global, tamén se pronuncian a Carta europea de linguas rexionais e minoritarias de 1992, ratificada polo goberno do Estado español en 2001, e o Plan xeral de normalización da lingua galega, aprobado por unanimidade no Parlamento de Galicia en setembro de 2004.

O Decreto 124/2007, do 28 de xuño, en opinión do lexislador de 2010, orientouse cara a

obtención dunha competencia adecuada en lingua galega no ensino obrigatorio, sen o establecemento dun número ou porcentaxe mínima de materias impartidas en lingua castelán, o cal “podería chegar a cambiar o modelo de conxunción de linguas desenvolto en Galicia desde o inicio da autonomía e aceptado por todos os galegos e galegas”.

Tendo en conta o anterior, o autor do decreto de 2010 entende que é este o momento en que hai que formular un novo marco normativo para o ensino non universitario que:

- a. regule a distribución das linguas vehiculares das distintas materias de estudo
- b. teña como obxectivo o de garantir a competencia plena e en igualdade nas dúas linguas oficiais e o de conseguir a adquisición dun coñecemento efectivo nas lingua(s) estranxeira(s).

Ademais da normativa citada, aprobose, cun carácter máis sectorial, a Lei 5/1988, do 21 de xuño, do uso do galego como lingua oficial de Galicia polas entidades locais, cuxo contido esencial é o seguinte.

En coherencia cos mandatos estatutarios e legais, a lei recoñece que é preciso impulsar a normalización lingüística na Administración local e, a este efecto, a Xunta de Galicia, no marco da súa política de promoción da normalización lingüística, debe colaborar na medida do necesario cos esforzos das entidades locais en prol do uso normalizado da lingua galega na súa documentación oficial, sen prexuízo de empregar, ademais, a outra lingua oficial, se así o decide, neste caso, a respectiva entidade.

A finalidade da lei é a de establecer un criterio normativo impulsor do progresivo proceso de normalización do galego na Administración local na procura dun clima social e político que multiplique os esforzos que se veñen realizando para a recuperación do uso normal de nosa lingua.

A existencia do Consello da Cultura Galega vén determinada polo [artigo 32 do Estatuto de Galicia](#), e responde aos deberes e facultades que, para a defensa e promoción dos valores culturais do pobo galego, corresponden á Comunidade Autónoma. A Lei 8/1983, do 8 de xullo, procede á súa regulación.

Como os órganos análogos de estados, comunidades e corporacións debe ser entendido como:

- un corpo asesor e consultivo,
- con capacidade de iniciativa, investigación e organización,
- dotado de personalidade xurídica e
- composto por membros representativos de entidades dos diversos campos da cultura e tamén por destacadas personalidades que contribuirán ao desenvolvemento cultural de Galicia.

As áreas de acción do Consello, como apuntou VILAS NOGUEIRA, son moi variadas. A acción cultural alcanza as múltiples facetas da vida do home e das sociedades. Por iso, as leis das nacións e os tratados e convenios defenden, a coro, o dereito de todos a ser partícipes do cultivo do espírito, a asumir os seus valores vixentes, a desfrutar, xeración tras xeración, dos bens da memoria histórica e do acervo das creacións, a recibir o beneficio do progreso das ciencias e das súas aplicacións e da protección e defensa de canto lles é propio nos campos da lingua, das letras e das artes. Un patrimonio cultural tan fecundo como o que posúe e caracteriza a nosa nacionalidade e o programa, profundo e de amplos horizontes, que ten que ser desenvolvido pola nosa comunidade requiren a formación dun órgano cualificado, tal como concibe o estatuto.

O Consello da Cultura Galega créase nunha etapa histórica en que os poderes públicos, lonxe de distanciarse dos problemas culturais e de desatendelos, tenden a interesarse profundamente por eles. Por sorte, os procesos de rexurdimento das comunidades con personalidade histórica e a súa autonomía lexislativa e política son unha forma de salvagarda, liberación e protección cultural fronte ás nivelacións igualadoras e monopolizadoras dos poderes centralizados. No caso de Galicia, grazas ao estatuto e ás transferencias xa recibidas, a case totalidade da acción cultural pode ser abarcada pola Comunidade Autónoma.

O Consello que a lei crea busca valiosas colaboracións para os órganos da Comunidade para cumprimento de fins e desenvolvemento de facultades, nos campos da vida popular, na fecunda eclosión das institucións e dos movementos espontáneos e no cultivo de todos os bens do espírito nos que se asenta a nosa identidade galega.

Respecto da protección do patrimonio cultural de Galicia, cómpre dicir que os precedentes

legislativos orientados á protección e conservación do patrimonio histórico, á marxe das súas profundas raíces no mundo romano e percorren no tempo un longo periplo, teñen as súas pegadas máis recentes na sempre meritoria e respectada Lei do 13 de maio de 1933, fonte interminable cargada entón de modernidade e á cal as transformacións dos tempos chamaron axiña a un necesario cambio, impulsado sen dúbida polo nacemento da Constitución española de 1978, que subliña con vehemencia o deber de protexer e difundir o patrimonio histórico ao tempo que consagra o Estado das autonomías e a subseguinte responsabilidade compartida en materia cultural.

Resultado de todo iso é a Lei 16/1985, do 25 de xuño, do patrimonio histórico español, herdeira polo tanto da xa veterana normativa de 1933 e que, baseándose en conceptos e criterios cheos dun fecundo alento, inicia un novo camiño. Xa pouco antes, o Estatuto de autonomía de Galicia de 1981 permitira o acceso dos poderes públicos á responsabilidade de conservar e acrecentar o seu patrimonio histórico, polo que o paso dos anos foi encargándose de proporcionar sólidos piares sobre os que levantar unha segura base que permita construír unha lei filla da experiencia e a madurez.

A Lei 8/1995, do patrimonio cultural de Galicia, do 30 de outubro, é a expresión xurídica necesaria á especificidade que, como nacionalidade histórica, posúe en materia cultural, forxada a través dos séculos e precisada na actualidade de preservación, conservación, actualización e difusión para o seu disfrute social.

Preténdese coa lei adecuar á realidade de Galicia e ás súas necesidades específicas en materia de patrimonio cultural a normativa legal pola que se rexerá a defensa, protección, conservación e sancións contra as agresións de diversa índole que este poida sufrir. A Lei parte dun concepto amplo do patrimonio cultural de Galicia que engloba:

- patrimonio moble,
- patrimonio inmobile e o
- patrimonio inmaterial, xa sexa de titularidade pública ou persoal,
- as manifestacións da nosa cultura tradicional e popular.

A Lei do patrimonio cultural de Galicia ten como finalidade esencial protexer, conservar e difundir un legado que o tempo irá acrecentando para transmitilo ao futuro. Así, tal como

se desenvolve no título I, créanse tres categorías de bens: os declarados de interese cultural, os catalogados e os inventariados, definidoras da incidencia que cada un destes tivo no patrimonio de Galicia.

Mentres os primeiros representan o máis destacable dos bens mobles, inmobles e inmateriais, os catalogados son aqueles que pola súa singularidade chegan a definir un territorio, e os bens inventariados, dignos de ser conservados, pasan a integrar, xunto cos anteriores, o Inventario xeral do patrimonio cultural de Galicia.

1. No relativo ao réxime xeral de protección e conservación, establece tres graos diferentes, emanados das tres categorías establecidas, incidindo dunha maneira máis notoria nos bens de interese cultural. Deste modo, os inmobles, especialmente os monumentos, enténdense integrados nun contexto que é o seu territorio, e non como elementos illados, da mesma forma que os proxectos de intervención se conformarán con informes pluridisciplinares ditados por profesionais das distintas materias para garantir a conservación do ben, ao tempo que se dotan dun contido claro e específico os plans dos conxuntos históricos.
2. En relación co patrimonio arqueolóxico, especifícanse e defínense as actividades arqueolóxicas e as responsabilidades das intervencións, da mesma forma que se fai fincapé nas actuacións urxentes, autorizacións e todo aquilo que afecta, entre outros, os conxuntos históricos e zonas arqueolóxicas.
3. Define especificamente o patrimonio etnográfico e incide na especial protección dos bens inmateriais, así como naqueles outros relacionados coa actividade industrial.
4. Respecto dos museos, debe destacarse o nacemento da colección visitable como categoría diferenciada dentro do sistema galego de museos, que tamén acolle unha trama diversa entendida como rede de museos. Cunha organización similar, o patrimonio documental e arquivos, xa no título VII, parte da súa definición e establece a circulación e o ciclo vital dos documentos, sendo previamente o título VI o que describe o amplo e complexo patrimonio bibliográfico.
5. Son elementos esenciais, dentro das medidas de fomento que se desenvolven no título VIII da lei, a investigación, conservación, difusión, adquisición e

investimento, así como os beneficios fiscais.

6. Considérase o réxime sancionador e establécense tres clases de infraccións, así como as responsabilidades e os órganos competentes para facelas efectivas.

A Lei é tamén sensible ao importante papel que deben xogar as corporacións locais en materia de patrimonio cultural, polo cal recoñece expresamente as competencias que neste sentido lle determina a [Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local](#). En canto á Igrexa católica, a presente lei considera que é depositaria dunha parte importante do patrimonio cultural de Galicia e, nese sentido, considera unha relación de contraprestación mutua para coas administracións públicas galegas, co fin de garantir a responsabilidade do seu coidado e a existencia dos medios necesarios para levalo a cabo.

O RECOÑECIMENTO DA GALEGUIDADE. A CONDICIÓN DE GALEGO

CORES TRASMONTE define a condición política como un tipo xurídico establecido nos estatutos de autonomía aprobados ao abeiro da Constitución española de 1978 polo que se regula a vinculación do cidadán dunha Comunidade autónoma co seu ordenamento xurídico autonómico.

O artigo 3 do Estatuto de autonomía para Galicia dispón:

"1. Para os efectos do presente Estatuto, gozan da condición política de galegos os cidadáns españois que, de acordo coas leis xerais do Estado, teñan veciñanza administrativa en calquera dos municipios de Galicia.

2. Como galegos, gozan dos dereitos políticos definidos neste Estatuto os cidadáns españois residentes no estranxeiro que tivesen a última veciñanza administrativa en Galicia e acrediten esta condición no correspondente Consulado de España. Gozarán tamén destes dereitos os seus descendentes inscritos como españois, se así o solicitan, na forma que determine a Lei do Estado."

DE FRUTOS ISABEL fixo fincapé no seu día en subliñar que, en sentido xurídico, é galego o cidadán que vive en Galicia, entendendo por vivir ter veciñanza nela.

Pola súa parte, o artigo 7 do Estatuto de autonomía di:

"1. As comunidades galegas asentadas fóra de Galicia poderán solicitar, como tales, o

recoñecemento da súa galegitude entendida como o dereito a colaboraren e compartiren a vida social e cultural do pobo galego. Unha lei do Parlamento regulará sen prexuízo das competencias do Estado o alcance e contido daquel recoñecemento ás ditas comunidades que en ningún caso implicará a concesión de dereitos políticos.

2. A Comunidade Autónoma poderá solicitar do Estado español que para facilitar o disposto anteriormente, celebre os oportunos tratados ou convenios cos Estados onde existan tales comunidades."

Como sinalou PÉREZ GONZÁLEZ, este precepto está na liña do recoñecemento dun dereito de perfil sociocultural, excluída toda implicación de dereitos políticos.

As Cortes Xerais aprobaron a Lei 40/2006, do 14 decembro 2006, do Estatuto da cidadanía española no exterior. O Estatuto dítase ao abeiro do artigo 149.1.2ª da Constitución española de 1978, que atribúe ao Estado a competencia exclusiva en materia de emigración.

O Estatuto comprende catro títulos, dúas disposicións adicionais, unha disposición derogatoria e catro disposicións derradeiras.

O título preliminar determina o obxecto e a finalidade do Estatuto. O Estatuto configúrase como o marco xurídico que garante á cidadanía española residente no exterior o exercicio dos seus dereitos e deberes constitucionais en termos de igualdade cos españois residentes en España. Ademais, o Estatuto ten como finalidade delimitar as liñas básicas da acción protectora do Estado dirixida aos españois residentes no exterior e fixar o marco de cooperación e coordinación entre o Estado e as comunidades autónomas neste sentido.

O ámbito subxectivo de aplicación da Lei considera a actual situación do movemento migratorio e do retorno, superando o tradicional concepto de emigración recollido na Lei 33/1971, do 21 de xullo. Respecto do seu contido, podemos subliñar os seguintes puntos, aplicables, con carácter xeral, ao réxime xurídico dos galegos no exterior.

1. Relaciona unha serie de obxectivos encamiñados a garantir o exercicio dos dereitos e deberes dos españois residentes no exterior, en condicións de igualdade cos residentes en España, atender e desenvolver actuacións en materia de retorno e promover e fomentar o movemento asociativo dos españois no exterior e a

participación institucional en materia de emigración. Xunto a iso establécense os mecanismos máis adecuados para a cooperación e coordinación das administracións públicas neste sentido.

2. Comprende unha relación sistemática de dereitos dos españois que residen no exterior, formulando, pola súa vez, medidas e mecanismos que fagan efectivo o exercicio dos referidos dereitos e a súa materialización en determinadas prestacións. Debe sinalarse que os dereitos e prestacións que se mencionan estaban nalgunha medida establecidos, ben que a súa regulación se encontraba en normas dispersas e de rango inferior, polo que co presente Estatuto se pretende consolidar o seu exercicio, dotándoos dunha dimensión real e efectiva ao elevarse o rango normativo que os ampara.
3. Recolle a política integral en materia de retorno. Xa no seu enunciado o termo integral revela a vontade de unificar no sentido de abarcar todos os aspectos relativos ao retorno. Para iso prevese un mecanismo específico: a Oficina Española do Retorno, adscrita ao Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais; esta oficina será a encargada de facilitar, orientar e asesorar os españois que decidan retornar, co obxectivo de materializar a súa efectiva inserción social e laboral en España. Por outra parte, apúntase a necesidade de abordar as reformas normativas necesarias que promovan e faciliten o acceso aos españois retornados a determinadas prestacións, e de adoptar medidas específicas de fomento do emprego dirixidas ao colectivo de españois retornados que decidan incorporarse a noso mercado de traballo.
4. Prevé os mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración e coordinación das actuacións das distintas administracións públicas competentes nese ámbito, co fin de garantir a efectividade dos dereitos e deberes que o Estatuto reconece aos españois residentes no exterior e aos retornados a España, esta cooperación persegue a optimización dos recursos públicos en pro dunha eficaz e eficiente utilización de todos os recursos. Para facilitar estes obxectivos, prevese a constitución dunha Comisión no ámbito do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, da que formarán parte representantes da Administración xeral do Estado e das

comunidades autónomas.

Por outra parte, a disposición adicional primeira crea o Portal da Cidadanía Española no Exterior, como punto de información integral na internet. Por outra parte, recóllese unha disposición derogatoria única, que derroga expresamente a Lei 33/1971, xeral de emigración, do 21 de xullo, amplamente alterada nos seus fins e obxectivos pola entrada en vigor da Constitución española de 1978 e cuxa vixencia, en moitos aspectos, é puramente testemuñal.

OS DEREITOS DOS CIDADÁNS GALEGOS: GARANTÍAS

O artigo 4 do Estatuto galego dispón:

"1. Os dereitos, liberdades e deberes fundamentais dos galegos son os establecidos na Constitución.

2. Correspóndelles aos poderes públicos de Galicia promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integran sexan reais e efectivas, remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os galegos na vida política, económica, cultural e social.

3. Os poderes públicos da Comunidade Autónoma asumen, como un dos principios reitores da súa política social e económica, o dereito dos galegos a vivir e traballar na súa propia terra."

Sobre estes principios e o seu alcance tivo ocasión de pronunciarse o Tribunal Constitucional na súa relación cos "dereitos dos galegos e a repartición competencial Estado-Xunta de Galicia" con motivo da STC 146/1986, do 25 de novembro, pola que o Tribunal Constitucional estuda os conflitos de competencia promovidos polo Goberno de Galicia contra o Goberno do Estado que ditou as resolucións do 14 de setembro de 1983 e do 2 xaneiro de 1985, polas que se convocan dotacións económicas para o financiamento de programas de acción social.

"... as partes do presente conflito centraron en boa parte a discusión nunha contraposición entre "interese galego" e o "interese xeral" (estatal); esta contraposición podería ser aceptable só alí onde houbera unha eventual discrepancia de intereses, podería resultar unha exixencia de equilibrar ou sacrificar, en pro da solidariedade, intereses máis

concretos en función de intereses máis xerais. Pero nunha materia como a obxecto deste conflito, as medidas públicas de acción e protección social non poden supor colisións de intereses, que sempre serán coincidentes; poderá haber problemas no momento da distribución interrexional dos recursos, sempre escasos e insuficientes neste campo, pero non é esa a función que tratan de cumprir estas resolucións.

Poderá haber discrepancias na elección de obxectivos e políticas, pola diversa orientación política que poidan asumir os xestores dunha Comunidade Autónoma fronte aos do Estado Central, pero, neste caso, ao se tratar de competencias exclusivas, a dirección política da Comunidade Autónoma é a que en principio debe estimarse prevalente, posto que son as comunidades autónomas as que teñen a competencia para deseñar a súa propia política de asistencia social, sen prexuízo das competencias que ao Estado correspondan en virtude do artigo 149.3, no artigo 150.3 ou, se for o caso, no artigo 149.1, pero ningún deles parece relevante no presente caso, onde tampouco se trata de impor determinados obxectivos e políticas de asistencia social. Deste modo, o criterio do interese, galego ou estatal, carece de utilidade para resolver o presente conflito”.

A acción e protección social é un tema central nun Estado Social (á vista dos principios reitores de política social incluídos no Cap. III, Tít. I CE), e as competencias exclusivas non poden entenderse nun sentido estrito de exclusión de actuación no campo do social, nin doutros entes públicos, tal como sucede en particular cos entes locais, nin por parte de entidades persoais, que gozan, ademais, dunha esfera específica de liberdade que consagra o inciso final do artigo 41 CE, nin tampouco por parte do Estado, respecto daqueles problemas específicos que requiran para o seu adecuado estudo e tratamento un ámbito máis amplo que o da Comunidade Autónoma e que presupoñan na súa concepción, e mesmo na súa xestión, un ámbito supracomunitario, que pode corresponder ao Estado.

A Sentenza 31/2010, do 28 de xuño, referida ao Estatuto de autonomía de Cataluña, examina os chamados «dereitos estatutarios». O Tribunal Constitucional considera que, máis que de auténticos dereitos subxectivos, se trata de directrices, obxectivos ou mandatos aos poderes públicos autonómicos. Tales dereitos non poden afectar os dereitos fundamentais, aos cales se subordinan, e resultan vinculantes, se é o caso, a través das

leis que aproban as comunidades autónomas no exercicio das súas competencias. Os titulares destes dereitos son os cidadáns da Comunidade Autónoma, entendendo por tales os que teñan a veciñanza administrativa no seu territorio. O Tribunal considera garantías destes dereitos axustadas á Constitución o Consello de Garantías Estatutarias e o recurso ante o Tribunal Superior de Xustiza, neste último caso conforme as leis procesuais do Estado. En cambio, non considera o *Sindic de Greuges* como institución exclusiva para a supervisión da Administración autonómica e reitera a competencia do Defensor do Pobo do art. 54 CE para supervisar tamén esta.

OS DEREITOS LINGÜÍSTICOS DOS CIDADÁNS GALEGOS.

Esta cuestión entra de cheo no tema dos deberes constitucionais e o coñecemento do galego, que foi obxecto de profundos debates no noso dereito.

A categoría dos deberes constitucionais é analizada pola doutrina constitucionalista española fundamentalmente en relación con aqueles mandatos que a Carta Magna prevé de colaborar ao sustento das cargas públicas e á defensa do Estado. Resulta sorprendente que se esqueza con suma facilidade a proclamación da Constitución española en que se establece o deber de coñecer o castelán para todos os cidadáns. Este deber contido no artigo 3.1 da Constitución resulta concordante, segundo a opinión do Tribunal Constitucional, con outras disposicións constitucionais que recoñecen a existencia dun idioma común para todos os españois e, ademais, deriva da presunción de coñecemento que ten o español en calquera caso, e con independencia de factores de residencia ou veciñanza.

O Tribunal Constitucional subliñou, na súa Sentenza 84/1986, do 26 de xuño, pola que estimou parcialmente o recurso de inconstitucionalidade interposto contra determinados preceptos da Lei 3/1983, do 15 de xuño, do Parlamento de Galicia, de normalización lingüística, que o feito de non establecerse na Constitución o deber de coñecemento para as linguas autonómicas non pode considerarse discriminatorio, xa que, ao seu xuízo, non se producirán respecto das linguas autonómicas os supostos que dan o seu fundamento á obrigatoriedade do coñecemento do castelán.

Ademais, o noso alto Tribunal entende que a inexistencia dun deber constitucional do coñecemento do galego non garda relación ningunha con outras competencias

autonómicas como as que se refiren ao dereito dos galegos a coñecer e usar a lingua propia (artigo 27.20 do Estatuto de autonomía de Galicia) ou o obxectivo estatutario de garantir o seu uso normal e oficial (artigo 5.3 EAG). Porén, a propia doutrina española (PRIETO DE PEDRO) tamén reconece indirectamente a debilidade da regulación do artigo 3.1 da Constitución e intenta propor interpretacións conciliadoras que non cadran coa letra do precepto constitucional.

A Lei de normalización lingüística contén varios preceptos baleiros de contido xurídico como aquel que dispón que os poderes públicos de Galicia adoptarán as medidas oportunas para que ninguén sexa discriminado por razón de lingua, e tamén o que prevé que os cidadáns poderán dirixirse aos xuíces e tribunais para obter a protección xudicial do dereito a empregar a súa lingua (artigo 3, puntos 1 e 2 da LNL). Nun e noutro caso trátase de mandatos que se encontran no campo propio de contido de leis orgánicas de competencia estatal ou ben precisan doutras normativas instrumentais alleas aos ámbitos normativos da Comunidade galega.

Polo contrario, a Lei de normalización lingüística dispón dunha maneira indirecta a oficialidade subsidiaria do castelán cando no seu artigo 4, despois de proclamar o galego como lingua propia de Galicia, das institucións da Administración autonómica, local e demais entes públicos, conclúe laconicamente dicindo que «tamén o é o castelán como lingua oficial do Estado».

Esta disparidade de situación das linguas provocou no seu momento, como é coñecido, a declaración de inconstitucionalidade do artigo da lei autonómica que dispoñía a obrigatoriedade de coñecemento do galego. O Tribunal Constitucional entende que o principio constitucional e estatutario de igualdade se predica dos cidadáns, e non é discriminatorio respecto deles a existencia dun deber de coñecemento do castelán e a inexistencia do mesmo deber respecto do galego. Nesta orde de cosas, MARTÍNEZ SOSPEDRA entende que a libre determinación persoal non se esgota no sistema de dereitos recoñecidos na Constitución, e así, dentro deste ámbito hai que incluír ao meu xuízo a liberdade lingüística e a imposibilidade de discriminación por esta causa.

O Tribunal Constitucional descarta a posibilidade de restrinxir o ámbito de deber do coñecemento do galego ao mundo dos valores, tal e como se demandou desde a defensa

do texto legal feita polo Parlamento de Galicia. Como pode comprobarse, o Tribunal optou de maneira radical pola declaración de inconstitucionalidade e a conseguinte nulidade do precepto da lei autonómica, cando, ao meu xuízo, sería moito menos traumático e respectuoso coa súa xurisprudencia que intenta evitar a expulsión do ordenamento dos textos legais, ditar unha sentenza interpretativa que lle permitise ao Tribunal a recondución do mandato sen sanción que contiña a lei galega.

Respecto do "deber" de coñecer o galego, a xurisprudencia do Tribunal é a seguinte, recollida, entre outras, na STC do 26 de xuño de 1986 pola que o Tribunal Constitucional acorda estimar parcialmente o recurso de inconstitucionalidade interposto contra determinados preceptos da Lei 3/1983, do 15 de xuño, do parlamento de Galicia, de normalización lingüística.

"... Agora ben, tal deber non vén imposto pola Constitución e non é inherente á cooficialidade da lingua galega. O artigo 3.1 CE establece un deber xeral de coñecemento do castelán como lingua oficial do Estado; deber que resulta concordante con outras disposicións constitucionais que recoñecen a existencia dun idioma común a todos os españois, e cuxo coñecemento pode presumirse en calquera caso, independentemente de factores de residencia ou veciñanza. Non sucede, non obstante, o mesmo coas outras linguas españolas cooficiais nos ámbitos das respectivas comunidades autónomas, pois o citado artigo non establece para elas ese deber, sen que iso poida considerarse discriminatorio, ao non darse respecto das linguas cooficiais os supostos antes sinalados que dan o seu fundamento á obrigatoriedade do coñecemento do castelán.

A inexistencia dun deber constitucional de coñecemento do galego nada ten que ver coas previsións do Estatuto de autonomía de Galicia (respecto do dereito dos galegos a coñecer e usar a lingua propia da súa Comunidade (artigo 27.20), co fin de garantir o seu "uso normal e oficial" (artigo 5.3); pois o deber de coñecemento do galego non é un simple instrumento para o cumprimento dos correspondentes deberes e o exercicio das mencionadas competencias, como alega o representante da Xunta de Galicia, sen prexuízo de que a acción pública que en tal sentido se realice poida ter como finalidade asegurar o coñecemento dese idioma polos cidadáns de Galicia.

En canto á argumentación en defensa do precepto impugnado fundada na igualdade das

dúas linguas oficiais no territorio de Galicia, pasa por alto que o principio constitucional e estatutario de igualdade se predica dos cidadáns, e non é discriminatorio respecto destes, como vimos antes, a existencia dun deber de coñecemento do castelán e a inexistencia deste deber respecto do galego.

Alega certamente o representante do Parlamento de Galicia que o deber de coñecer o galego establecido polo impugnado punto "carece de exhibibilidade coercitiva", está "referido ao mundo dos valores", e "terá, pois, que interpretarse como imperativo ético que, xuridicamente, non é exixible e se traduce nun deber social dos galegos como colectividade, dirixido máis ben aos poderes públicos autonómicos". Isto é, tal sentido e a súa interpretación non se desprenden do texto do número en cuestión, e non resulta tampouco, por ampla que sexa a marxe da facultade interpretativa deste Tribunal, do contexto dos artigos invocados. "

Outro principio básico da xurisprudencia do Tribunal Constitucional é o de que a lei estatal non configura o galego como "lingua oficial residual" ou de "segundo grao", e así o recolle na STC 56/1990, do 29 de marzo, pola que o Tribunal Constitucional estuda os recursos de inconstitucionalidade acumulados interpostos, entre outros, pola Xunta de Galicia fronte a determinados preceptos da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial.

"... Queda por analizar se existe ou non unha vulneración do marco material definido polo bloque de constitucionalidade en materia lingüística por parte do precepto citado. A este respecto o único reproche realizado é o de considerar a lingua propia da Comunidade Autónoma como lingua "oficial residual" ou de "segundo grao". Non obstante, e seguindo de novo coa doutrina sentada nas resolucións previamente citadas, e en concreto na primeira delas, non existe vulneración do bloque da constitucionalidade en materia lingüística. O carácter de lingua oficial de ámbito xeral do castelán e o deber que todos os españois teñen de coñecelo e o dereito de usalo (artigo 3.1 CE) fai que esta sexa a lingua xeralmente usada no ámbito da Administración de Xustiza, o que vén ser recoñecido polo artigo 231.1 LOPX. Agora ben, fronte a esa xeneralidade existen comunidades autónomas con estatuto de cooficialidade lingüística, estatuto que se traduce, entre outras cosas, no dereito a usar a lingua propia da Comunidade no seo e ante as administracións públicas, o que para a Administración de Xustiza se recoñece nos números 2 e 3 LOPX. Iso supón,

pois, en principio, unha posición de igualdade das dúas linguas oficiais no seo das correspondentes comunidades autónomas. O feito de que se prevexa, por un lado, o deber do uso do castelán para os membros do poder xudicial e para o persoal ao servizo da Administración de Xustiza por petición dalgunha das partes (punto 2) e a necesidade de traducir en determinados supostos actuacións e documentos (punto 4) é plenamente coherente coa cooficialidade lingüística, tal e como está deseñada polo bloque da constitucionalidade. Iso porque o dereito a non sufrir indefensión do que desfruta todo cidadán segundo o previsto polo artigo 24 CE se supedita ao deber de coñecemento do castelán (artigo 3.1 CE), deber que non existe respecto do resto das linguas españolas.

Máis recentemente perfilouse esta doutrina na Sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010, do 28 de xuño, sobre o Estatuto de autonomía de Cataluña, en que se afirman os seguintes puntos esenciais: dun lado, a condición do catalán como lingua propia de Cataluña coas consecuencias que a iso supedita o artigo 6.1 EAC; doutro, o deber de coñecemento do catalán establecido no artigo 6.2 EAC.

Respecto do primeiro, o Tribunal afirma que:

"... O artigo 6.1 EAC, ademais da "lingua de uso normal", declara que o catalán como lingua propia de Cataluña é tamén a lingua de uso "preferente" das administracións públicas e dos medios de comunicación públicos de Cataluña. A diferenza da noción de "normalidade", o concepto de "preferencia", polo seu propio teor, transcende a mera descrición dunha realidade lingüística e implica a primacía dunha lingua sobre outra no territorio da Comunidade Autónoma, impondo, en definitiva, a prescrición dun uso prioritario dunha delas, neste caso, do catalán sobre o castelán, en prexuízo do equilibrio inescusable entre dúas linguas igualmente oficiais e que, en ningún caso, poden ter un trato privilexiado. A definición do catalán como lingua propia de Cataluña non pode xustificar a imposición estatutaria do uso preferente daquela lingua, en detrimento do castelán, tamén lingua oficial na Comunidade Autónoma, polas administracións públicas e os medios de comunicación públicos de Cataluña, sen prexuízo, claro está, da procedencia de que o lexislador poida adoptar, se é o caso, as adecuadas e proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corrixir, de existir, situacións históricas de desequilibrio dunha das linguas oficiais respecto da outra, emendando así a posición secundaria ou de

postergación que algunha delas puidese ter. Non admitindo, polo tanto, o inciso " e preferente" do artigo 6.1 EAC unha interpretación conforme coa Constitución, debe ser declarado inconstitucional e nulo...".

No tocante ao deber de coñecemento, o noso máis alto intérprete opina que:

"... O artigo 6.2 EAC sería inconstitucional e nulo na súa pretensión de impor un deber de coñecemento do catalán equivalente no seu sentido ao que se desprende do deber constitucional de coñecemento do castelán. Malia isto, o precepto admite con naturalidade unha interpretación distinta e conforme coa Constitución, toda vez que, dirixindo o precepto un mandato aos poderes públicos de Cataluña para que adopten "as medidas necesarias" para facilitar... o cumprimento deste deber", é evidente que só pode tratarse dun deber "individualizado e exixible" de coñecemento do catalán, é dicir, dun deber de natureza distinta ao que ten por obxecto o castelán de acordo co artigo 3.1 CE (STC 82/1986, FX 2). Non hai aquí, polo tanto, contrapunto ningún á facultade do poder público da Generalitat de utilizar exclusivamente a lingua catalá nas súas relacións cos cidadáns, que sería improcedente, senón que se trata, aquí si, non dun deber xeneralizado para todos os cidadáns de Cataluña, senón da imposición dun deber individual e de obrigado cumprimento que ten o seu lugar específico e propio no ámbito da educación, segundo resulta do artigo 35.2 EAC, e no das relacións de suxeición especial que vinculan a Administración catalá cos seus funcionarios, obrigados a dar satisfacción ao dereito de opción lingüística recoñecido no artigo 33.1 EAC. Se o concreto réxime xurídico dese deber individualizado e exixible é ou non conforme coa Constitución haberá de verse no momento de examinar a constitucionalidade dos ditos preceptos, tamén obxecto do presente recurso. Importa aquí só, non obstante, que, concibido como un deber de natureza distinta ao que só cabe predicar do castelán, isto é, como un deber que non é xuridicamente exixible con carácter xeneralizado, o deber de coñecemento do catalán ten un obxecto propio que o xustifica como mandato e que permite interpretalo conforme a Constitución.

Interpretado neses termos, o artigo 6.2 EAC non é contrario á Constitución, e así se disporá na resolución...".

XOSÉ ANTONIO SARMIENTO MÉNDEZ

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRA, DA SEGUINTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- Sarmiento Méndez, X. *Manual de Dereito Constitucional*. Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. *Comentarios al Estatuto de autonomía de la comunidad autónoma de Galicia* / dirigidos por José Luis Carro Fernández-Valmayor.-Madrid: Ministerio para as Administracións Públicas, Secretaría Xeral Técnica [etc.], 1991.
- Cores Trasmonte, B. *Estructura política de Galicia* /--Santiago de Compostela: Tórculo, D.L. 1994.
- Fraga Iribarne, M. *Administración única: una propuesta desde Galicia* /.[1ª ed.]--Barcelona: Planeta, 1993.

TEMA 3

ORGANIZACIÓN POLÍTICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA. AS INSTITUCIÓNS DE AUTOGOBERNO DE GALICIA: DESCRICIÓN. SEDE. A ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA EN GALICIA.

TEMA 3. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA. AS INSTITUCIÓNS DE AUTOGOBERNO DE GALICIA: DESCRICIÓN. SEDE. A ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA EN GALICIA.

ORGANIZACIÓN POLÍTICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA. AS INSTITUCIÓNS DE AUTOGOBERNO DE GALICIA.

Respecto da organización política da Comunidade Autónoma de Galicia, debemos empezar sinalando que o título I do EAG regula os aspectos relativos á natureza, organización e funcións dos órganos da CC.AA. galega. O artigo 9 recolle a organización institucional e a ordenación normativa respectando, como recorda PORTERO MOLINA, o esquema clásico da división de poder.

Dito isto, hai que destacar dous aspectos clave, por un lado, a organización institucional da Comunidade Autónoma e, por outro, a ordenación institucional da Xunta.

1. A organización institucional da CA: o artigo 9 do EAG enuncia os órganos a través dos cales se exercerá o poder de produción normativa e o poder executivo. Teñen a súa orixe no artigo 152.1 da CE "a organización institucional autonómica basearase nunha asemblea lexislativa elixida por sufraxio universal conforme un sistema de representación proporcional que asegure, ademais, a representación das diversas zonas do territorio; un consello de goberno con funcións executivas e administrativas e un presidente, elixido pola asemblea, de entre os seus membros, e nomeado polo rei, a quen lle corresponde a dirección do consello de goberno, a suprema representación da comunidade e a ordinaria do Estado naquela". Refléctese o principio organizativo fundamental do Estado de dereito, que é o principio da división de poderes no seu sentido flexible e non ríxido, ao parecer de RAMÍREZ. O capítulo I do título I do EAG contén a regulación das funcións, configuración e organización interna do Parlamento de Galicia, o capítulo II, a elección e funcións do presidente da Xunta e a dos seus restantes membros, e o capítulo III refírese á Administración da xustiza en Galicia. A Xunta de Galicia ten a iniciativa lexislativa e unha intervención relevante no procedemento de elaboración das leis. O Parlamento de Galicia exerce o seu control sobre o executivo a través da

investidura, da moción de censura e da moción de confianza, das interpretacións, as preguntas e as comisións de investigación.

2. A ordenación institucional das CA: o art. 9.2 do EAG recolle outro gran principio fundamentador do Estado de dereito, a regulación xurídica da organización e as funcións dos órganos lexislativo e executivo que, conforme o principio de xerarquía normativa, deberán levarse a cabo de acordo coa CE e o EAG. Tal vontade xurídica do Parlamento ten os seus límites, o EAG, en canto norma fundamental do ordenamento xurídico autonómico, e a CE, como norma suprema do ordenamento xurídico estatal.

Descrición: o EAG dedica o seu título I ao "Poder galego" e, no artigo 9, establece que "os poderes da CC.AA. se exercerán a través do Parlamento, da Xunta do seu presidente", e as "leis de Galicia ordenarán o funcionamento destas institucións de acordo coa CE e o presente EAG".

- a) O Parlamento de Galicia ou Asemblea Lexislativa: o artigo 10 do EAG concíbeo como o órgano de representación galego, titular da potestade lexislativa e das funcións de impulso e control da acción política e de Goberno de Galicia. A organización e funcionamento do Parlamento galego regúlase nos artigos 11 e 12 do EAG. O artigo 11.5 do EAG regula a composición da Asemblea.
- b) A Xunta ou o Consello de Goberno: o artigo 16.1 do EAG dinos "a Xunta é o órgano colexiado de Goberno de Galicia". A preeminencia do seu presidente, posta en valor por SOLÉ TURA, non quebra o dito carácter, é consecuencia da súa posición institucional. A Xunta é o supremo órgano de Galicia e o órgano superior da Administración pública de Galicia. Dirixe a política e a Administración da CA e exerce a función executiva e a potestade regulamentaria de acordo co EAG e as leis. O artigo 16.2 do EAG dinos que a Xunta se compón polo presidente, o vicepresidente e os conselleiros, que constituirán conxunta e solidariamente o Consello, que exercerá, conforme o establecido na lei, as atribucións da Xunta, sen prexuízo das competencias das comisións delegadas.

- c) O presidente da Xunta: o artigo 151.1 da CE dinos que ao presidente da Xunta lle corresponde, ademais da dirección do Consello de Goberno, a suprema representación da respectiva CA e a ordinaria do Estado naquela. O artigo 15.1 do EAG sinala que o "presidente [da Xunta] dirixe e coordina a acción da Xunta e desempeña a representación da CA e a ordinaria do Estado en Galicia". Goza do mesmo status que os deputados autonómicos respecto ao réxime de inmunidades.

SEDE.

A sede das institucións autonómicas.

O artigo 8 do Estatuto de autonomía para Galicia límitase a establecer unha remisión legal para a aprobación dun texto no cal se fixe a sede das institucións autonómicas. Igualmente, establece un quórum reforzado consistente nos dous terzos dos membros do Parlamento de Galicia.

O primeiro problema que o intérprete do artigo referido encontra é o de dar idónea utilización á expresión "Institucións autonómicas" contida no citado artigo do Estatuto. Cabería entender que estas institucións autonómicas son as estatutarias, é dicir, aquelas que aparecen citadas no texto do Estatuto de autonomía. Nesta liña interpretativa estaríamos falando non só dos tres clásicos poderes do Estado senón doutras institucións de novo cuño como o Valedor do Pobo (artigo 14 do Estatuto) ou o Consello de Contas (artigo 53 do Estatuto).

Unha visión máis ampla identificaría a expresión "Institucións autonómicas" con todas aquelas que foron creadas pola Autonomía. Así, ás citadas habería que incorporar outras como o Consello Económico e Social de Galicia ou o Consello Consultivo.

Por último, está a interpretación *strictu sensu*, que postula o ámbito da lei reguladora das sedes, respecto das que establece o artigo 152 da Constitución. Esta é a opción legislativa tomada pola Lei 1/1982, do 24 de xuño, de fixación da sede das institucións autonómicas.

En todo caso e desde o meu punto de vista, o precepto estatuario resulta deficiente

na súa redacción, xa que esta ausencia de claridade, como sinala a doutrina italiana, atenta contra un valor fundamental do ordenamento xurídico e, en definitiva, tivo que ser recentemente resolta pola Lei 4/2002, do 25 de xuño, do Estatuto da capitalidade da cidade de Santiago de Compostela.

O problema da fixación das sedes das institucións autonómicas recibe unha solución moi heteroxénea no dereito comparado, como di PAREJO ALFONSO, que transcribo a continuación:

- En primeiro lugar aparecen aqueles estatutos nos cales directamente existe un pronunciamento respecto da capitalidade (Murcia e Navarra).
- Nun segundo grupo están os que prevén a fixación da capitalidade pero a remisión desta a unha lei (Andalucía).
- Outro grupo de estatutos non se pronuncia sobre a capitalidade, que é o máis numeroso (entre outros, Cataluña, Cantabria, Aragón e Madrid).
- Noutro plano encóntranse aqueles que, como Asturias ou Valencia, non pronunciándose sobre a capitalidade, prevén simultaneamente a posibilidade de que se estableza outro lugar por lei.
- Por último, existe o caso galego que é común cos estatutos do País Vasco, Castilla y León e Castilla-La Mancha, que consiste en non pronunciarse sobre a capitalidade e facer unha remisión a unha lei futura, como no noso caso é a Lei 1/1982.

A existencia de dúas leis galegas que afectan a fixación da sede das institucións autonómicas revela a importancia que, desde o punto de vista político, ten a localización dos órganos estatutarios. Esta localización é particularmente delicada cando falamos da sede do Parlamento, posto que, como sinalou recentemente CLAUDIO ANTONIELLO, as relacións entre a inmunidade parlamentaria e a sede onde as cámaras desenvolven as súas sesións son obvias.

O Tribunal Constitucional español tivo ocasión de pronunciarse acerca da fixación da sede dos órganos xudiciais na Comunidade Autónoma, no contido da súa Sentenza do

29 de marzo de 1990, ditada en relación cos recursos de inconstitucionalidade acumulados, interpostos, entre outros, pola Xunta de Galicia, fronte a determinados preceptos da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial. Neste sentido, o Tribunal recoñece que o artigo 152.1 da Constitución, no seu parágrafo segundo, fala de supostos e formas de participación das comunidades autónomas na organización das demarcacións xudiciais. A localización da capitalidade dos órganos xudiciais non é discrecional para os poderes autonómicos e existen, entre outros:

- Os condicionantes do propio artigo 152 e do 141.1 da Constitución.
- O marco establecido na Lei orgánica do poder xudicial (nesta mesma liña pronunciáronse as sentenzas do Tribunal Constitucional 10/82 e 97/89).

O contido da lei galega de fixación da sede das institucións autonómicas é singularmente lacónico. Establece, por unha parte, que a sede do Parlamento, da Xunta, do seu presidente e das consellerías é Santiago de Compostela. Esta desagregación específica do poder executivo pon de manifesto a intención do lexislador de remarcar, aínda sen dicilo expresamente, a capitalidade de Santiago. Seguidamente, no artigo segundo a lei di que o Tribunal Superior de Xustiza terá a súa sede na cidade da Coruña.

Tal *corpus legislativo* necesitaba ser aclarado e completado (en contra da opinión de VILAS NOGUEIRA) e a propia exposición de motivos da Lei 4/2002, do Estatuto da capitalidade da cidade de Santiago de Compostela, di que busca a finalidade de completar a nivel normativo as determinacións contidas na Lei 1/1982.

a. A base conceptual da capitalidade.

De conformidade co que se prevía o artigo 89.2 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, a Lei do Estatuto da capitalidade regula o réxime xurídico especial de Santiago de Compostela como sede das institucións autonómicas e polo seu recoñecemento como capital de Galicia.

No seu articulado a Lei de 2002 contén algunhas proclamacións repetitivas ou ociosas, así como abundantes remisións normativas. Un exemplo claro disto é o

establecemento de preeminencia honorífica e protocolaria para a corporación municipal compostelá, todo isto “de acordo coas leis”. Unha valoración máis positiva merece a incorporación ao citado texto dos símbolos da cidade de Santiago (o escudo, a bandeira e os títulos que lle foron concedidos en atención á súa historia e tradición).

Desde un punto de vista de técnica lexislativa, resulta particularmente criticable que, no relativo ao réxime xurídico a lei da capitalidade, recorde que o Concello de Santiago ten personalidade xurídica e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins, o que, xunto á inclusión exhaustiva do sistema de fontes do dereito local español, fai do artigo 5 da lei unha norma inútil por obvia.

Iguualmente, no tocante á regulación do galego como lingua propia do Concello de Santiago de Compostela a Lei non supón ningún *ius novum* respecto ao disposto con carácter xeral pola Lei de normalización lingüística de Galicia.

As especificidades que derivan da capitalidade comportan, como no seu día apuntou para o caso estatal FERNÁNDEZ DURÁN, a existencia duns órganos propios e do recoñecemento dun ámbito de autonomía municipal reforzados. No caso de Santiago de Compostela non se encontran instrumentos xurídicos totalmente novos na regulación do seu Estatuto de capitalidade, incidíndose unha e outra vez en aspectos como os dereitos de información dos cidadáns e o acceso á información municipal por medios telemáticos, que non son máis que adopción do dereito común (artigo 35 da Lei de réxime xurídico das administración públicas e do procedemento administrativo común e Decreto autonómico regulador dos rexistros telemáticos, publicado no *Diario Oficial de Galicia* do 4 de abril de 2003.

b. Aspectos orgánicos.

A existencia dun aparato administrativo que posibilite as relacións do Concello de Santiago coa Administración autonómica supón o recoñecemento, por parte da Lei da capitalidade, da importancia da distribución territorial do poder para unha boa xestión da cousa pública. Deste modo créase o Consello da Capitalidade de Santiago de Compostela como un órgano colexiado de carácter permanente composto por representantes tanto do

ámbito da Xunta como do propio Concello.

Un aspecto destacable deste novo órgano é a previsión de que emane unha lexislación de funcionamento que, en todo caso, deberá prever que os acordos do Consello se tomarán por consenso. Este aspecto resulta profundamente problemático e pode dificultar notablemente o funcionamento do Consello, que só poderá tomar acordos cando a sintonía entre administracións sexa perfecta.

As funcións que se lle outorgan ao Consello da Capitalidade desagreganse basicamente en dous grupos. Por unha parte deberá adoptar os acordos en relación coas materias que o propio Pleno do Consello declare de interese concorrente para a Administración da Xunta de Galicia e o Concello, sempre e cando teñan relación coas funcións da cidade como capital de Galicia. Por outra parte, tamén o Consello da Capitalidade estudará e avaliará os custos que supón para a cidade de Santiago a súa condición de capital de Galicia. A lei prevé expresamente a fixación de instrumentos de compensación con esta finalidade.

Non cabe dúbida de que os aspectos económicos e de financiamento da capital están no cerne da regulación legal, e neste sentido, como recoñecen HÄUSSERMANN & SIMONS, a importancia da conxuntura económica na estruturación das novas capitais resulta esencial.

A implementación orgánica das medidas que acabo de comentar pode comportar a creación dun consorcio entre o Concello de Santiago e os concellos limítrofes, de conformidade co disposto na Lei de Administración local de Galicia. Este e outros instrumentos servirán para levar a cabo, cando menos, cinco políticas públicas sectoriais que a Lei da capitalidade se encarga de recoller.

- a) Actuacións en materia de patrimonio histórico-artístico. Con esta finalidade a Xunta remitirá ao Consello da Capitalidade unha programación anual das actuacións tendentes á conservación e rehabilitación do patrimonio histórico e monumental.
- b) Política de ordenación do territorio. Resulta particularmente decisiva a ordenación urbanística dunha cidade de tamaño medio e que ten que dar resposta á localización

de numerosos edificios para organismos públicos.

- c) Previsións en materia de seguridade pública. Neste punto a lei móstrase respectuosa co disposto na lexislación estatal orgánica de corpos e forzas de seguridade e tamén establecido na Lei autonómica de coordinación da policía locais de Galicia.
- d) No marco da Lei de coordinación de transportes por estrada de Galicia, deberá asegurarse a prestación deste servizo público no ámbito da área de Santiago de Compostela.
- e) En relación co turismo, Santiago de Compostela ten *ex lege* a condición de municipio turístico prevista con carácter xeral na Lei de ordenación do turismo de Galicia, que dispón tamén a posibilidade de establecer convenios ao abeiro do artigo 91.1 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, da Administración local de Galicia.

A última previsión legal da Lei reguladora da capitalidade non é por isto menos importante. Estoume referindo á necesidade de fixar unha epígrafe específica nos orzamentos da Comunidade Autónoma pola condición de capital de Galicia da cidade de Santiago. Para tal efecto, antes da elaboración do proxecto de Lei de orzamentos, o Consello da Capitalidade poderá emitir o correspondente informe. Coincido con CARAMÉS VIEITEZ en que a Administración local precisa de contar cada vez máis coa participación do sector privado na dinamización da xestión do ámbito local, e por isto as previsións orzamentarias non deben de ser meras subvencións senón políticas públicas globais que favorezan o desenvolvemento da capital e, por conseguinte, de toda Galicia.

A ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA DE GALICIA

O capítulo III do título I do EAG ten como rúbrica "Da Administración de xustiza de Galicia". Aínda que poida parecer que nas CC.AA. se articula un poder xudicial, tal impresión non ten fundamento ningún, como apunta APARICIO PÉREZ. O artigo 152.1 da CE recoñece expresamente a independencia do poder xudicial e a súa unidade. Hai unha manifesta imposibilidade de estruturar un poder xudicial das CC.AA. As razóns serían as seguintes:

- A participación das CC.AA. en toda materia relacionada coa Administración de xustiza deberá facerse cos criterios e no marco da CE e da Lei orgánica do poder xudicial.
- Por consagración constitucional do principio de unidade de poder xudicial español.
- Pola existencia dun corpo unido de xuíces e maxistrados de carreira e un único órgano de Goberno do poder xudicial.
- Os tribunais superiores de xustiza non integran unha xurisdición especial, aínda que deban aplicar un dereito propio da Comunidade.

O artigo 21 do EAG dispón que o "TSXG, no cal se integrará a Audiencia Territorial, é o órgano xurisdicional en que culminará a organización xudicial no seu ámbito territorial, e ante o cal se rematarán as sucesivas instancias procesuais, nos termos do artigo 152 da CE e de acordo co presente Estatuto". A Audiencia Territorial de Galicia será a base do futuro TSXG, unha idea que lles parece afortunada a autores como MORENO CATENA.

A LOPX contén normas relativas ao TSX:

- a) O art. 7.1 da LOPX sinala que o TSX tomará o nome da CA (TSXG) e estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial desta. Os criterios para fixar a sede determináanse na disposición adicional segunda da LOPX
- b) Composición: o TSXG estará integrado por tres salas, do Civil e Penal, do Contencioso-Administrativo e do Social (non pode esquecermos mencionar a posibilidade de creación de varias seccións dentro de cada sala).
- c) O artigo 23.2 do EAG establece que o "nomeamento dos maxistrados, xuíces e secretarios do TSX será efectuado na forma prevista nas leis orgánicas do poder xudicial e do Consello Xeral do Poder Xudicial. A responsabilidade dilucidarase ante a Sala do Civil e Penal do Tribunal Supremo.
- d) As competencias regúlanse na LOPX e no EAG. Neste último texto recóllense deste modo:

A competencia dos órganos xurisdicionais en Galicia esténdese:

- Na orde civil, a todas as instancias e graos, incluídos os recursos de casación e de revisión nas materias de dereito civil galego.
- Na orde penal e social, a todas as instancias e graos, con excepción dos recursos de casación e de revisión.
- Na orde contencioso-administrativa, a todas as instancias e graos, cando se trate de actos ditados pola Xunta e pola Administración de Galicia, nas materias cuxa lexislación corresponda en exclusiva á Comunidade Autónoma e a que, de acordo coa lei da dita xurisdición, lle corresponda en relación cos actos ditados pola Administración do Estado en Galicia.
- Ás cuestións de competencia entre órganos xudiciais en Galicia.
- Aos recursos sobre cualificación de documentos referentes ao dereito privativo galego que deban ter acceso aos rexistros da propiedade.
- Nas restantes materias poderanse interpor, cando proceda ante o Tribunal Supremo, o recurso de casación ou o que corresponda segundo as leis do Estado e, se for o caso, o de revisión. O Tribunal Supremo resolverá tamén os conflitos de competencia e xurisdición entre os tribunais de Galicia e os do resto de España.

Pola súa parte, a Lei orgánica do poder xudicial dispón que o Tribunal Superior de Xustiza da comunidade autónoma culmine a organización xudicial no ámbito territorial daquela, sen prexuízo da xurisdición que corresponde ao Tribunal Supremo.

O Tribunal Superior de Xustiza tomará o nome da comunidade autónoma e estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial desta.

1. O Tribunal Superior de Xustiza estará integrado polas seguintes salas: do Civil e Penal, do Contencioso-Administrativo e do Social.
2. Compórase dun presidente, que o será tamén da súa Sala do Civil e Penal, e terá a consideración de maxistrado do Tribunal Supremo mentres desempeñe o cargo; dos

presidentes de sala e dos maxistrados que determine a lei para cada unha das salas e, se for o caso, das seccións que se poidan crear dentro delas.

● **A Sala do Civil e Penal** do Tribunal Superior de Xustiza coñecerá, como Sala do Civil. MORENO CATENA opina que ten escasas atribucións, entre as que se encontran:

- a) Do recurso de casación que estableza a lei contra resolucións de órganos xurisdiccionais da orde civil con sede na comunidade autónoma, sempre que o recurso se funde en infracción de normas do dereito civil, foral ou especial, propio da comunidade, e cando o correspondente estatuto de autonomía previse esta atribución.
- b) Do recurso extraordinario de revisión que estableza a lei contra sentenzas ditadas por órganos xurisdiccionais da orde civil con sede na comunidade autónoma, en materia de dereito civil, foral ou especial, propio da comunidade autónoma, se o correspondente estatuto de autonomía previu esta atribución.
- c) Das funcións de apoio e control da arbitrase que se establezan na lei, así como das peticións de exequátur de laudos ou resolucións arbitrais estranxeiros, a non ser que, conforme o acordado nos tratados ou as normas da Unión Europea, corresponda o seu coñecemento a outro xulgado ou tribunal.

Esta Sala do Civil coñecerá igualmente:

- a) En única instancia, das demandas de responsabilidade civil, por feitos cometidos no exercicio dos seus respectivos cargos, dirixidas contra o presidente e os membros do consello de goberno da comunidade autónoma e contra os membros da asemblea lexislativa, cando tal atribución non corresponda, segundo os estatutos de autonomía, ao Tribunal Supremo.
- b) En única instancia, das demandas de responsabilidade civil, por feitos cometidos no exercicio do seu cargo, contra todos ou a maior parte dos maxistrados dunha audiencia provincial ou de calquera das súas seccións.
- c) Das cuestións de competencia entre órganos xurisdiccionais da orde civil con sede na comunidade autónoma que non teña outro superior común.

Como Sala do Penal, correspóndelle:

- a) O coñecemento das causas penais que os estatutos de autonomía reservan ao coñecemento dos tribunais superiores de xustiza.
- b) A instrución e a resolución das causas penais contra xuíces, maxistrados e membros do Ministerio Fiscal por delitos ou faltas cometidos no exercicio do seu cargo na comunidade autónoma, sempre que esta atribución non corresponda ao Tribunal Supremo.
- c) O coñecemento dos recursos de apelación contra as resolucións ditadas en primeira instancia polas audiencias provinciais, así como o de todos aqueles previstos polas leis.
- d) A decisión das cuestións de competencia entre órganos xurisdiccionais da orde penal con sede na comunidade autónoma que non teñan outro superior común.
- e) Dos procedementos de comiso autónomo polos delitos para cuxo coñecemento sexan competentes.

•**As salas do contencioso-administrativo** dos tribunais superiores de xustiza coñecerán, en única instancia, dos recursos que se deduzan en relación:

- a) Cos actos das entidades locais e das administracións das comunidades autónomas, cuxo coñecemento non estea atribuído aos xulgados do contencioso-administrativo.
- b) Coas disposicións xerais emanadas das comunidades autónomas e das entidades locais.
- c) Cos actos e disposicións dos órganos de Goberno das asembleas lexislativas das comunidades autónomas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Defensor do Pobo, en materia de persoal, administración e xestión patrimonial.
- d) Cos actos e resolucións ditados polos tribunais económico-administrativos rexionais e locais que poñan fin á vía económico-administrativa.

- e) Coas resolucións ditadas en alzada polo Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.
- f) Cos actos e disposicións das xuntas electorais provinciais e de comunidades autónomas, así como os recursos contencioso-electorais contra acordos das xuntas electorais sobre proclamación de electos e elección e proclamación de presidentes de corporacións locais nos termos da lexislación electoral.
- g) Cos convenios entre administracións públicas cuxas competencias se exerzan no ámbito territorial da correspondente comunidade autónoma.
- h) Coa prohibición ou a proposta de modificación de reunións previstas na Lei orgánica reguladora do dereito de reunión.
- i) Cos actos e resolucións ditados por órganos da Administración xeral do Estado cuxa competencia se estenda a todo o territorio nacional e cuxo nivel orgánico sexa inferior a ministro ou secretario de Estado, en materias de persoal, propiedades especiais e expropiación forzosa.
- j) Con calquera outra actuación administrativa non atribuída expresamente á competencia doutros órganos desta orde xurisdiccional.

Coñecerán, en segunda instancia, das apelacións promovidas contra sentenzas e autos ditados polos xulgados do contencioso-administrativo e dos correspondentes recursos de queixa.

Tamén lles corresponde, conforme o establecido nesta lei, o coñecemento dos recursos de revisión contra as sentenzas firmes dos xulgados do contencioso-administrativo.

Coñecerán das cuestións de competencia entre os xulgados do contencioso-administrativo con sede na comunidade autónoma.

Coñecerán do recurso de casación para a unificación de doutrina nos casos previstos na Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa.

Coñecerán do recurso de casación en interese da lei nos casos previstos na Lei

reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

● **A Sala do Social** do Tribunal Superior de Xustiza coñecerá:

1.º En única instancia, dos procesos que a lei estableza sobre controversias que afecten intereses dos traballadores e empresarios nun ámbito superior ao dun xulgado do social e non superior ao da comunidade autónoma.

2.º Dos recursos que estableza a lei contra as resolucións ditadas polos xulgados do social da comunidade autónoma, así como dos recursos de suplicación e os demais que prevé a lei contra as resolucións dos xulgados do mercantil da comunidade autónoma en materia laboral e as que resolvan os incidentes concursais que versen sobre a mesma materia.

3.º Das cuestións de competencia que se susciten entre os xulgados do social da comunidade autónoma.

A Sentenza 31/2010 do Tribunal Constitucional, do 28 de xuño, sobre o Estatuto de autonomía de Cataluña, perfilou algúns aspectos do alcance da Administración de xustiza no ámbito autonómico.

1. A primeira cuestión é a constitucionalidade da competencia establecida no Estatuto para que o Tribunal Superior poida tutelar os dereitos recoñecidos polo presente Estatuto de autonomía.

"...Polo demais, descartada a inconstitucionalidade dos arts. 37 e 38 EAC en fundamentos precedentes (fundamentos xurídicos 26 e 27), decae polas mesmas razóns a obxección formulada ao artigo 95.1 EAC, en canto que este signifique a posible creación dun recurso de amparo para a defensa de dereitos estatutarios equiparados aos fundamentais. En efecto, tampouco o artigo 95.1 EAC implica a introdución de innovacións "procesuais" nin supón unha alteración das "regras procesuais comunmente aplicables" en materia de protección de dereitos, senón que, polo contrario, partindo dun sistema procesual de garantía dos dereitos e liberdades disposto e regulado polo lexislador do Estado no exercicio das súas competencias propias, o precepto cuestionado asume a condición do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña como órgano xurisdicional a que corresponden

naquel sistema determinadas funcións de protección de dereitos subxectivos; funcións ás que o Estatuto quere facer referencia expresa por relación aos dereitos que o propio Estatuto recoñece, coa excepción, en todo caso, de que os termos concretos en que esa xenérica condición se deba materializar para o caso dos dereitos estatutarios serán, en definitiva, os que resulten dos "procedementos establecidos nas leis" (artigo 38.2 EAC), que só poden ser as do Estado..."

2. A segunda cuestión de interese trata da posibilidade de que o TSX sexa a última instancia xurisdicional de todos os procesos iniciados en Cataluña, así como de todos os recursos que se tramiten no seu ámbito territorial, sexa cal sexa o dereito invocado como aplicable, de acordo coa Lei orgánica do poder xudicial e sen prexuízo da competencia reservada ao Tribunal Supremo para a unificación de doutrina", respectando que a "Lei orgánica do poder xudicial determinará o alcance e contido dos indicados recursos".

O Tribunal entende que nada disto se contradí co artigo 95.2 EAC, que nun recto entendemento das súas palabras:

- a. Non atribúe ao Tribunal Superior de Xustiza o coñecemento de todos os posibles recursos tramitados no seu territorio,

- b. Nin fai dela a última instancia de todos os procesos en todo caso, senón que só lle recoñece -dada a súa posición como órgano xurisdicional co que culmina a organización xudicial do Estado en Cataluña, segundo recorda o artigo 95.1 EAC- a condición de última instancia posible para os fins de cumprir co mandato constitucional de que as sucesivas instancias procesuais se esgoten ante órganos xudiciais radicados en Cataluña (artigo 152.1 CE), sen excluír con iso que, se é o caso, ese esgotamento poida realizarse en órganos xudiciais inferiores do mesmo territorio, o que sempre corresponderá determinar á Lei orgánica do poder xudicial, norma que o mesmo artigo 95.2 EAC asume como a competente para determinar "o alcance e contido dos indicados recursos". En consecuencia, debe ser desestimada neste aspecto a impugnación do artigo 95.2 EAC.

"...Distinto é o que sucede respecto da excepción feita no precepto "á competencia

reservada ao Tribunal Supremo para a unificación de doutrina". Nin o Estatuto pode contraer a competencia dese Tribunal ao coñecemento dun determinado recurso xurisdiccional nin definir, á marxe de calquera recurso, as competencias xurisdiccionais do Tribunal Supremo, pois é evidente que a Lei orgánica do poder xudicial é a única norma constitucionalmente habilitada para determinar os procesos e recursos que son da competencia dos órganos xudiciais, sen exclusión, naturalmente, do propio Tribunal Supremo.

Cabe entender que coa expresión "unificación de doutrina" non se fai referencia no Estatuto a un concreto recurso procesual nin se delimita a función do Tribunal Supremo, senón que simplemente se alude, sen posibilidade de reducila, ao labor característico e propio do mencionado Tribunal en canto que órgano xurisdiccional "superior en todas as ordes, salvo o disposto en materia de garantías constitucionais" (artigo 123.1 CE). Labor cifrado na redución á unidade do exercicio da xurisdición polo conxunto orgánico da pluralidade dos xulgados e tribunais en que se estrutura e organiza o poder xudicial do Estado. Sendo esa especificamente a función cuxo exercicio define o Tribunal Supremo como o superior en todas as ordes xudiciais, o artigo 95.2 EAC débese interpretar no sentido de que coa unificación "de doutrina" non pode definir o Estatuto a función xurisdiccional do Tribunal Supremo nin se limita a configuración desta pola Lei orgánica do poder xudicial, nin se fai referencia a un recurso procesual específico, senón só a aquela función reservada ao Tribunal Supremo e referida no Estatuto por relación ao seu resultado -a unificación da doutrina de todos os órganos xudiciais, isto é, con maior propiedade, a unificación da aplicación e interpretación do dereito-, alcanzado mediante unha orde de recursos procesuais que só á Lei orgánica do poder xudicial corresponde establecer.

Interpretado neses termos, o inciso "para a unificación de doutrina" do artigo 95.2 non é contrario á Constitución, e así se disporá na resolución... "

3. A terceira decisión de interese ten relación con atribuír ao Tribunal Superior de Xustiza "a resolución dos recursos extraordinarios de revisión que autorice a lei contra as resolucións firmes ditadas polos órganos xudiciais de Cataluña".

O Tribunal di que "...Sendo evidente que a lei en cuestión só pode ser, unha vez máis, a orgánica do poder xudicial, nada pode oporse á constitucionalidade do precepto, no ben entendido de que será sempre esa lei orgánica a que, ademais de dispor os supostos en que caben aqueles recursos extraordinarios, dispoña tamén os supostos en que a súa resolución corresponda ao Tribunal Superior de Xustiza, quedando así este órgano xudicial autorizado para o seu coñecemento, segundo prevé o artigo 95.4 EAC. Non estamos, polo tanto, ante unha norma estatutaria atributiva de competencias xudiciais, senón ante un precepto que asume, sen condición, canto sobre esa materia decida, con perfecta liberdade, o lexislador estatal competente..."

4. A cuarta cuestión de interese ten que ver coa figura do fiscal superior de comunidade autónoma e a súa regulación estatutaria, a este respecto apúntase:

"...O respecto ao procedemento de designación do fiscal superior non se ve prexudicado en absoluto polo feito de que o artigo 96.2 EAC dispoña que o presidente da Generalitat ordena a publicación do seu nomeamento no diario oficial da Generalitat, pois é obvio que a única publicación relevante aos fins da perfección xurídica do nomeamento é a verificada no *Boletín Oficial del Estado*, e así a realizada no diario da Generalitat cumpre un labor de coadxuvar no maior coñecemento daquel acto.

O número 3 do artigo 96 EAC prevé o envío polo fiscal superior a distintas institucións autonómicas dunha copia da memoria anual da Fiscalía do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña. Os recorrentes non se detiveron especificamente neste punto, sen que sexa fácil advertir en que medida esta previsión pode redundar na indebida territorialización do Ministerio Fiscal ou na invasión da reserva de lei establecida no artigo 124 CE, único fundamento invocado no recurso para a impugnación *in abstracto* da totalidade do artigo 96 EAC. En todo caso, a previsión de que a copia da memoria se presente ante o Parlamento da Comunidade Autónoma considérase tamén expresamente no artigo 11.2 do Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal e é unha manifestación das relacións institucionais do Ministerio Fiscal coas institucións públicas que, na súa dimensión puramente informativa, non pode implicar, por definición, ningún control por

parte da Cámara sobre a actuación do Fiscal Superior”.

Ademais, o número 4 do artigo 96 EAC límitase a recordar que as funcións do fiscal superior "son as que establece o Estatuto orgánico do Ministerio Fiscal", o que non pode ser máis respectuoso coa reserva do artigo 124.3 CE, sendo, en fin, evidente que a posibilidade de que a Generalitat celebre convenios co Ministerio Fiscal, segundo conclúe o número 4 examinado, non supón para este a imposición dun deber incompatible coa súa posición e autonomía institucionais.

5. No relativo á regulación do Consello Catalán da Xustiza, o Tribunal Constitucional afirma:

"...Nesas condicións, é obvia a infracción dos arts. 122.2 CE e 149.1.5 CE, segundo é doutrina reiterada (en suma, STC 253/2005, do 11 de outubro, FX 5), pois ningún órgano, salvo o Consello Xeral do Poder Xudicial, pode exercer a función de Goberno dos órganos xurisdiccionais integrados no poder xudicial, exclusivo do Estado, nin outra lei que non sexa a orgánica do poder xudicial pode determinar a estrutura e funcións daquel consello dando cabida, no que agora interesa e se for o caso, a eventuais fórmulas de desconcentración que, non sendo constitucionalmente imprescindibles, deben quedar, na súa existencia e configuración, á liberdade de decisión do lexislador orgánico cos límites constitucionais antes expresados.

Agora ben, a impropiedade constitucional dun órgano autonómico cualificado nos termos do artigo 97 EAC non significa fatalmente a inconstitucionalidade mesma do órgano en tea de xuízo, pois só se todas e cada unha das súas concretas atribucións se corresponden, ademais, con esa cualificación impropia, sería inevitable a inconstitucionalidade e nulidade dun órgano cuxa existencia só tería razón de ser para o exercicio duns labores constitucionalmente inaceptables. O artigo 97 EAC é, polo tanto, inconstitucional na medida en que cualifica o Consello de Xustiza de Cataluña como órgano "de Goberno do poder xudicial" que "actúa como órgano desconcentrado do Consello Xeral do Poder Xudicial". A pervivencia do Consello de Xustiza de Cataluña, unha vez excluída a súa inconstitucional conceptualización, dependerá do xuízo que merezan as atribucións que se lle confiren no artigo 98 EAC.

En todo caso, a inconstitucionalidade de principio advertida xa no artigo 97 EAC debe implicar, por conexión ou consecuencia, a dos arts. 98.3 e 100.1 EAC, non impugnados, en canto o primeiro parte da posibilidade de que o Consello de Xustiza dite resolucións en materia de nomeamentos, autorizacións, licenzas e permisos de xuíces e maxistrados e dado que a impugnabilidade en alzada de determinados actos do Consello de Xustiza de Cataluña ante o Consello Xeral do Poder Xudicial resulta lóxicamente da definición daquel como órgano desconcentrado deste último..."

6.No tema concreto das atribucións do Consello Autonómico de Xustiza, a opinión do máximo intérprete da Constitución é:

"...A cuestión determinante será, polo tanto, cales son, en cada caso, as competencias atribuídas directamente no propio Estatuto, sendo evidente que respecto das que se poidan considerar no seu momento "nas leis que aprobe o Parlamento" nada podemos anticipar agora.

As atribucións en que aquí debemos centrarnos son, pois, as relacionadas no artigo 98.2 EAC. Delas incorren en clara inconstitucionalidade, por tratarse de atribucións típicas dun órgano de Goberno do poder xudicial, as recollidas nas letras a) [participación na designación de presidentes de órganos xudiciais], b) [expedición de nomeamentos e cesamentos de xuíces e maxistrados temporais], c) [funcións disciplinarias sobre xuíces e maxistrados], d) [inspección de tribunais] e e) [información sobre recursos de alzada contra acordos dos órganos de Goberno dos tribunais e xulgados de Cataluña], que afectan, sen dúbida, a función xurisdiccional propiamente dita e a ordenación dos elementos consubstanciais á determinación da garantía da independencia no seu exercicio. A inconstitucionalidade da letra a) implica, por conexión ou consecuencia, a da referencia nos números 5 e 6 do artigo 95 EAC á participación do Consello de Xustiza no nomeamento dos presidentes do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña e das súas salas".

Polo contrario, o Tribunal Constitucional entende que se acomodan á Constitución as atribucións recollidas nas letras:

f) ["precisar e aplicar, cando proceda, no ámbito de Cataluña, os regulamentos do (CXPX)"], g) [información sobre propostas en materia de organización e demarcacións], h) [presentación dunha memoria ao Parlamento] e i) [reiterativo do artigo 98.1 EAC].

Na medida en que as ditas atribucións se compadecen sen dificultade co ámbito das competencias asumibles pola Comunidade Autónoma en relación coa "administración da Administración de xustiza", o seu exercicio por parte dun órgano autonómico específico como é o Consello de Xustiza de Cataluña non formula ningún reparo constitucional á existencia deste último, no ben entendido de que non pode ser cualificado nos termos utilizados polo artigo 97 EAC.

7. Respecto á inclusión do presidente do Tribunal Superior no Consello Autonómico de Xustiza, o criterio contrario do Tribunal Constitucional plásmase deste modo:

"...O artigo 99.1 EAC, que regula a composición, organización e funcionamento do Consello de Xustiza de Cataluña, prevé a integración nel de xuíces, maxistrados, fiscais ou xuristas de recoñecido prestixio, e confire a súa presidencia ao presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña. Rexeitamos no fundamento xurídico 47 que o Consello de Xustiza de Cataluña poida caracterizarse como un órgano de goberno dos xuíces, xa que as únicas funcións que constitucionalmente pode exercer son as de natureza administrativa; polo tanto, a integración de xuíces e maxistrados na súa composición suporía facer uso da excepción considerada no artigo 117.4 CE, que impide, por principio, que os xuíces exerzan funcións alleas á potestade xurisdiccional. Non é o Estatuto, polas razóns xa repetidas en fundamentos anteriores, a norma competente para establecer esa excepción, o que desde logo fai no seu primeiro inciso en relación co presidente do Tribunal Superior de Xustiza, ao atribuírlle a presidencia do Consello de Xustiza de Cataluña. En canto ao resto dos compoñentes deste órgano, o precepto estatutario dispón que, ademais de polo presidente do Tribunal Superior de Xustiza, estará integrado "[...] polos membros que se nomeen, de acordo co previsto pola Lei orgánica do poder xudicial, entre xuíces, maxistrados, fiscais ou xuristas de recoñecido prestixio". En virtude desta remisión á LOPX, é ao lexislador orgánico ao cal con plena liberdade lle corresponde

determinar entre que profesionais dos mencionados no precepto poden ser nomeados os compoñentes do Consello de Xustiza e, se for o caso, incluír entre eles xuíces e maxistrados, habilitándoos, desta forma, para o exercicio de funcións alleas á potestade xurisdiccional, debendo, polo tanto, desestimarse neste aspecto concreto a impugnación dos recorrentes.

En conclusión, o inciso "polo presidente ou presidenta do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, que o preside, e" do número 1 do artigo 99 EAC é inconstitucional e nulo."

8.O Tribunal analiza as competencias da Generalitat sobre a Administración de xustiza e conclúe a súa conformidade coa Constitución polos seguintes motivos:

"O número 1 do artigo 101 EAC dispón que a Generalitat pode propor "a convocatoria de oposicións e concursos para cubrir as prazas vacantes de maxistrados, xuíces e fiscais en Cataluña". Formalmente impugnado no *petitum* do recurso, o corpo da demanda céntrase, non obstante, nos números 2 e 3 do precepto, sendo así que, pola súa parte, o dito número 3 non figura despois no *petitum*. Todo apunta a un erro na formalización deste último, polo que non debería terse por impugnado o artigo 101.1 EAC. Malia isto, en canto o Consello de Xustiza de Cataluña figura entre as institucións a que cabe propor aquela convocatoria, é evidente que a súa mención no dito número debe declararse inconstitucional e nula como consecuencia das razóns que nos fundamentos xurídicos 47 e 48 nos levaron a ter por inconstitucional a configuración do Consello de Xustiza nos arts. 97 e 98 EAC como un órgano de goberno do poder xudicial. Estas razóns tamén supoñen a inconstitucionalidade do número 2 do artigo 101 EAC, en que se prescribe que o Consello de Xustiza "convoca os concursos para cubrir prazas vacantes de xuíces e maxistrados en Cataluña nos termos establecidos na Lei orgánica do poder xudicial".

En consecuencia, son inconstitucionais e nulos os incisos "ou ao Consello de Xustiza de Cataluña" do artigo 101.1 EAC e do artigo 101.2 EAC.

De acordo co número 3 do artigo 101 EAC, "as probas dos concursos e as oposicións regulados no presente artigo, cando se celebren en Cataluña, poderán realizarse en calquera das dúas linguas oficiais a elección do candidato". Con notoria impropiedade, o número refírese aos concursos e oposicións "regulados" no artigo 101 EAC, cando é obvio que o precepto non os regula en absoluto, senón que se limita a pronunciarse sobre a capacidade de proposta para a súa convocatoria (número 1), sobre a facultade mesma de convocalos (número 2) e sobre as linguas que poden utilizarse nas oposicións e concursos (número 3), sempre e en todo caso por relación á cobertura de prazas vacantes en Cataluña. Esta precisión é determinante para o cabal entendemento do artigo 101.3 EAC, que non se pretende aplicable aos concursos e oposicións realizados en Cataluña para a cobertura de prazas vacantes en calquera parte do territorio nacional, senón, como se desprende con claridade do seu número 1, só para as que deban cubrirse nesa comunidade autónoma e cando as probas de acceso se realicen no seu territorio".

O Tribunal Constitucional entende que o precepto:

a. Non impón a utilización exclusiva do catalán,

b. E que se limita a permitir aos concursantes e opositores a opción por calquera das dúas linguas oficiais en Cataluña, atendendo así especificamente ao dereito dos cidadáns de Cataluña de relacionarse coa Administración pública, condición de que participan os tribunais de oposicións, na lingua oficial da súa elección.

O máximo intérprete da Constitución lembra o seu pronunciamento sobre o artigo 33.3 EAC no fundamento xurídico 21, de que o exercicio dese dereito no marco dos procedementos de acceso á carreira xudicial, así como nos de promoción e traslado, require a inescusable intervención do lexislador estatal, concretamente, do lexislador orgánico do poder xudicial, a quen corresponde precisar as modalidades e requisitos de exercicio do dereito de opción lingüística recollido no Estatuto.

9. Estímase, conforme a Constitución, a regulación do persoal da Administración de xustiza en Cataluña nos seguintes termos:

"...O artigo 103 EAC refírese ao persoal non xudicial ao servizo da Administración de

xustiza. O seu número 1 atribúe á Generalitat "a competencia normativa" sobre este, "dentro do respecto ao estatuto xurídico dese persoal establecido pola Lei orgánica do poder xudicial". No que atinxe ao primeiro, non pode admitirse que, como sosteñen os recorrentes, a competencia atribuída á Comunidade Autónoma nesta materia sexa precisamente a lexislativa, pois "a competencia normativa" en cuestión tamén pode ser a regulamentaria. Polo que se refire á previsión de que a dita competencia se debe exercer dentro do respecto ao estatuto daquel persoal establecido pola Lei orgánica do poder xudicial, é evidente que por si soa exclúe toda posible infracción do dito estatuto xurídico e da única lei competente para a súa regulación. Por iso, a concreta relación de materias cuxa regulación se inclúe nesa competencia segundo o propio artigo 103.1 EAC só pode entenderse por estrita referencia ás previsións da Lei orgánica do poder xudicial e conforme a elas deben ser interpretadas e entendidas, no seu contido e no seu alcance.

O mesmo se debe dicir respecto das funcións que o número 2 do artigo 103 EAC inclúe "na competencia executiva e de xestión" atribuída á Generalitat en materia de persoal non xudicial, pois tamén se trata dunha competencia conferida "nos mesmos termos da epígrafe", isto é, polo tanto, "dentro do respecto ao estatuto xurídico dese persoal establecido pola Lei orgánica do poder xudicial".

Así mesmo, a posibilidade recollida no número 3 do artigo 103 EAC en punto á creación por lei do Parlamento catalán de corpos de funcionarios ao servizo da Administración de Xustiza éo, segundo prevé o propio precepto, "[dentro do marco disposto pola Lei orgánica do poder xudicial", de maneira que tal creación só é posible se esa Lei orgánica o permite e nos termos en que o faga".

A atribución á Generalitat "de competencia exclusiva sobre o persoal laboral ao servizo da Administración de xustiza" (artigo 103.4 EAC) só pode entenderse sen prexuízo da competencia exclusiva do Estado respecto:

- a. da Administración de xustiza (artigo 149.1.5 CE)
- b. da lexislación laboral xeral (artigo 149.1.7 CE)

10. Desestímase a inconstitucionalidade da competencia para "determinar a

creación, o deseño, a organización, a dotación e a xestión das oficinas xudiciais e dos órganos e servizos de apoio aos órganos xurisdiccionais, incluíndo a regulación das institucións, os institutos e os servizos de medicina forense e de toxicoloxía.

11. O Tribunal defende a constitucionalidade da previsión estatutaria de regulación autonómica da demarcación, planta e capitalidade xudiciais.

XOSÉ ANTONIO SARMIENTO MÉNDEZ

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA, EN OUTUBRO

TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRA, DA SEGUINTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Carro Fernández-Valmayor, José Luis. Sobre la potestad autonómica de autoorganización, en Civitas. Revista española de derecho administrativo - N.71 (1991), p.317-332.

Máiz Suárez, R. As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia / Ramón Maíz, José A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.

Sarmiento Méndez, X. Manual de Dereito Constitucional, Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2.

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge. Estructura institucional de las Comunidades Autónomas: artículo 152º / Jorge Rodríguez-Zapata Pérez..., en Comentarios a la Constitución española de 1978 / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. -- [Madrid]: Cortes Generales [etc.], 1996-1999. T. XI.

TEMA 4

O GOBERNO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A XUNTA DE GALICIA E A SÚA PRESIDENCIA. O CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

TEMA 4. O GOBERNO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A XUNTA DE GALICIA E A SÚA PRESIDENCIA. O CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA

I.- O GOBERNO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

I.1 Introducción

A evolución das monarquías constitucionais (nas que os monarcas perderon paulatinamente o seu poder ao tempo que os ministros conseguían maiores competencias) conclúe nun desdobramento de competencias entre o Xefe do Estado (con funcións de representación e honoríficas) e o Goberno ou Consello de Ministros, que posúe o poder executivo.

A maior presenza do Goberno na vida política trae causa no crecente intervencionismo do Estado, especialmente se se compara coas etapas do abstencionismo liberal.

A institución do Goberno está constitucionalizada nos artigos 97 e seguintes da Carta magna. Unha limitada referencia aos gobernos das comunidades autónomas establécese no artigo 152 CE, cando se sinala que a organización institucional autonómica se baseará nunha Asemblea Lexislativa, un Consello de Goberno con funcións executivas e administrativas, e un presidente ou presidenta. Para Galicia, o dito modelo de organización institucional das comunidades autónomas recóllese na Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía de Galicia (*BOE* núm. 101, do 6 de abril), e na Lei 1/ 1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia (*BOE* núm. 212, do 5 de setembro), modificada pola Lei 11/1988 (*BOE* núm. 283, do 25 de novembro), pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (*BOE* núm. 226, do 8 de agosto, pola que tamén se modifica a Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia), e pola Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico (denominada LOFAXGA).

I.2. A Xunta

A Xunta é o órgano colexiado de goberno de Galicia (artigo 16 do Estatuto de autonomía). Como órgano superior de dirección política e administrativa, encarna o poder executivo e ten funcións executivas e administrativas. Á fronte sitúase o presidente.

O modelo galego podemos definilo como un sistema parlamentario e semipresidencialista. Parlamentario porque a Presidencia é membro do Parlamento e é investida por este e porque a Xunta está suxeita ao control da Cámara. É un sistema semipresidencialista, xa que a figura do presidente está reforzada polas potestades de iniciativa e decisión (p. ex., a facultade de disolver o Parlamento); pero, ao tempo, a función de goberno da comunidade realízase o presidente asistido permanentemente polo Consello da Xunta.

Así pois, a Xunta de Galicia ou Consello da Xunta é o supremo órgano político e executivo da comunidade autónoma e, ao mesmo tempo, é o órgano superior da Administración pública galega, pero sen que se poida identificar Administración pública de Galicia e Xunta. Esta última distinción non é nimia, xa que o Consello da Xunta cesa nas súas funcións, pero a Administración sempre continúa coa súa actividade. Ademais, hai que lembrar que a CE establece que as relacións entre o Goberno e a Administración se deben rexer polo principio de neutralidade e eficiencia (artigos 9, 103 e 105) e o de sometemento á lei e ao dereito (artigo 106).

Con máis amplitude, o artigo 1 da Lei da Xunta e a súa Presidencia establece que a Xunta é o órgano colexiado que, baixo a dirección da súa Presidencia, dirixe a política xeral e a Administración da comunidade autónoma. Para tal fin, exerce a iniciativa lexislativa, a función executiva e a potestade regulamentaria de conformidade co Estatuto de autonomía e coas leis.

A Xunta está composta polo presidente, que pode nomear (e destituír) os vicepresidentes (que é a quen lles corresponde substituír a Presidencia nos casos establecidos no artigo 33 da Lei da Xunta e da súa Presidencia, e asumir aquelas funcións que a Presidencia lles delegue), xunto cos conselleiros e conselleiras.

Da Presidencia da Xunta falarase despois máis detidamente. No que respecta aos conselleiros, hai que dicir que teñen a dobre condición de membros do Goberno e de xefes superiores dos departamentos (consellarías) nas que se estrutura a Administración da Xunta de Galicia. As súas funcións pódense clasificar en:

- De administración, relacionadas coa dirección e iniciativa dos asuntos que competen á consellaría, entre as que destacan o nomeamento e cesamento do persoal, a inspección

dos servizos, a sinatura de contratos, convenios e acordos, a resolución dos correspondentes recursos administrativos, a disposición do gasto...

- De iniciativa lexislativa, en relación cos anteproxectos de lei e proxectos de decreto en materias da súa competencia, destacando a preparación do anteproxecto de orzamento da consellaría.

Son os decretos de estrutura orgánica da Xunta de Galicia os que concretan as consellarías existentes en cada momento, a súa denominación e orde de prelación.

I.3. Función da Xunta de Galicia

As atribucións da Xunta recóllense no artigo 4 da Lei da Xunta e da súa Presidencia, podendo clasificarse en:

- Funcións executivas ou de dirección política:
 1. Establecer as directrices e desenvolver o programa de goberno.
 2. Elaborar os orzamentos da comunidade autónoma e remitirlos ao Parlamento para a súa aprobación.

Neste punto cómpre ter en conta que, segundo o Estatuto de autonomía de Galicia (artigo 53.1º), lle corresponde á Xunta ou Goberno a elaboración e aplicación do orzamento da comunidade autónoma galega, e ao Parlamento o seu exame, emenda, aprobación e control.

3. Aprobar e remitirle ao Parlamento os proxectos de convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas para a confirmación ou aprobación, se é o caso.

Segundo o Estatuto de autonomía, a comunidade autónoma poderá establecer convenios con outras comunidades para a xestión e prestación de servizos propios de competencia exclusiva, pero deberallo comunicar ás Cortes Xerais (artigo 35).

4. Acordar a interposición de recursos de inconstitucionalidade, así como a formulación de conflitos de competencias ante o Tribunal Constitucional.

Téñase en conta que o Parlamento de Galicia ten entre as súas funcións a

de interpor recursos de inconstitucionalidade (artigo 10.1º, g do Estatuto de autonomía).

5. Deliberar sobre a cuestión de confianza que o presidente ou presidenta da Xunta propoña formularlle ao Parlamento, así como sobre a disolución da Cámara.
6. Nomear e destituír, por proposta de quen posúa a titularidade das consellarías respectivas, os altos cargos da Administración pública galega de rango igual ou superior á dirección xeral, así como a aqueloutros que legalmente se estableza. Nos nomeamentos atenderase ao principio de equilibrio por sexos, de acordo coas porcentaxes e estrutura que determine a propia Xunta. Téñase en conta que ese principio tamén se debe respectar na composición do Consello da Xunta.
7. Crear, modificar e suprimir as comisións delegadas da Xunta.

A Xunta poderá crear por decreto (en que se estableza a composición e as competencias asignadas) comisións delegadas para coordinar a elaboración de directrices e disposicións, programar a política sectorial, examinar asuntos de interese interdepartamental e preparar as reunións do Consello.

8. Determinar a estrutura orgánica superior da Vicepresidencia ou Vicepresidencias e das consellarías da Xunta de Galicia.
9. Designar os representantes da comunidade autónoma nos organismos económicos, institucións financeiras e empresas públicas do Estado. Supervisar, de acordo coa lei, a xestión dos servizos públicos e dos entes e empresas públicas dependentes da comunidade autónoma.
10. Coordinar a actividade das deputacións provinciais, en canto afecte directamente ao interese xeral da comunidade autónoma, e acordar a transferencia ou delegación de funcións nestas (en concordancia coa previsión recollida na disposición adicional terceira 2 do Estatuto de autonomía de Galicia).
11. Tomar coñecemento das resolucións do Parlamento e adoptar, se é o caso,

as medidas que procedan.

12. Calquera outra atribución que lle veña conferida por algunha disposición legal ou regulamentaria e, en xeral, deliberar acerca daqueles asuntos cuxa resolución deba revestir a forma de decreto ou que, pola súa importancia e repercusión na vida da comunidade autónoma, exixan o coñecemento ou deliberación da Xunta.

- Funcións administrativas ou de xestión:

1. Resolver os recursos en vía administrativa nos casos previstos polas leis.
2. Resolver mediante decreto os conflitos de atribucións que se susciten entre as diversas consellarías.

- Funcións normativas:

1. Aprobar os proxectos de lei para a súa remisión ao Parlamento e acordar, se é o caso, a súa retirada.
2. Ditar decretos legislativos nos supostos de delegación expresa do Parlamento. Cómpre lembrar que, no marco do Estatuto de autonomía, o exercicio da potestade legislativa polo Parlamento pode ser delegado na Xunta, nos termos do establecido nos artigos 82, 83 e 84 CE.
3. Outorgar ou denegar a súa conformidade á tramitación de proposicións de lei que supoñan aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios nos termos previstos no Regulamento do Parlamento.
4. Aprobar os regulamentos para o desenvolvemento e execución das leis en Galicia. Adoptar, se é o caso, as medidas regulamentarias que requira a execución dos tratados e convenios internacionais e o cumprimento dos regulamentos e directrices derivadas daqueles.

As funcións executivas da Xunta concréntanse nas actividades de iniciativa, impulso e coordinación (suxeitas exclusivamente á exixencia de responsabilidade política polo control parlamentario, que será solidario, sen prexuízo da responsabilidade directa de cada un dos seus membros pola súa xestión (artigo 17.1º do Estatuto de autonomía).

Pola contra, as funcións administrativas (incluídas as normativas) son as vinculadas coa xestión, e, a diferenza das anteriores, poderán ser axuizadas, no ámbito do territorio da comunidade, polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, segundo o establecido no artigo 18 do Estatuto de autonomía.

I.4. Funcionamento

As atribucións da Xunta serán exercidas polo Consello, órgano colexiado que someterá o seu funcionamento aos principios de unidade, colexiabilidade, participación e coordinación. O Consello designará de entre os seus membros un secretario, que dará fe dos seus acordos e dos das comisións delegadas, e librará, cando proceda, certificación destes.

O presidente da Xunta convocará o Consello. Á convocatoria achegarse a orde do día. O Consello entenderase validamente constituído cando asista o presidente, ou quen o substitúa, e, polo menos, a metade dos seus membros.

Os membros do Consello están obrigados a gardar segredo sobre as deliberacións daquel, as opinións e, se é o caso, os votos emitidos.

O presidente é elixido polo Parlamento entre os seus membros. Os conselleiros e conselleiras (e, de ser o caso, os vicepresidentes) serán nomeados e cesados pola Presidencia e, no relativo ao réxime de incompatibilidades, debe terse en conta que non poderán exercer outras funcións representativas que as propias do mandato parlamentario ou, se é o caso, do Senado, nin calquera outra función pública que non derive do seu cargo, nin actividade mercantil ou profesional ou outra que menoscabe a independencia e dignidade da súa función.

O cesamento do presidente da Xunta comporta o de todos os membros desta, aínda que a Xunta cesante continuará en funcións ata a toma de posesión da nova Xunta (artigo 29 da Lei da Xunta e da súa Presidencia).

II.- A XUNTA DE GALICIA E A SÚA PRESIDENCIA

II.1. Introducción

No pasado século, a institución do Goberno apenas se recollía nos códigos constitucionais, malia que en España existía un Goberno desde 1834, inspirado no modelo

de constitucionalismo decimonónico (seguindo o ronsel do sistema francés ou británico), pero o dito Goberno non tiña unha ordenación constitucional das súas competencias ou organización. A realidade era que ese Goberno exercía as competencias que as constitucións lle atribuían ao monarca.

No ordenamento xurídico español, o Goberno era unha especie de comisión do partido no poder na Asemblea Lexislativa, tendo por finalidade presentarlle a esta proxectos, ao tempo que se encargaba da execución lexislativa. Con posterioridade á Segunda Guerra Mundial, a consolidación do estado do benestar, o incremento do poder dos partidos, o crecemento da Administración e a deterioración do Parlamento na súa concepción tradicional determinaron que os textos constitucionais posteriores ao ano 1945 regulasen de xeito detallado a institución do Goberno.

II.2. A Xunta de Galicia

De conformidade coa evolución referencia, na Constitución española de 1978 xa se dedicaba o título IV á regulación do Goberno e da Administración. Así é para o caso que nos ocupa; no artigo 152.1º CE establécese que a organización institucional autonómica se baseará nunha Asemblea Lexislativa obtida por sufraxio universal, de conformidade cun sistema de representación proporcional que asegure, ademais, a representación das diversas zonas do territorio; nun Consello de Goberno con funcións executivas e administrativas e nun presidente, elixido pola Asemblea, de entre os seus membros e nomeado polo rei, a quen lle corresponde a dirección do Consello de Goberno, a suprema representación da respectiva comunidade e a ordinaria do Estado naquela. O presidente e os membros do Consello de Goberno serán politicamente responsables ante a Asemblea.

A Xunta é o órgano colexiado de Goberno da Comunidade Autónoma de Galicia. A súa regulación atopa na Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía de Galicia, e na Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia (*BOE* núm. 212, do 5 de setembro), modificada pola Lei 11/1988 (*BOE* núm. 283, do 25 de novembro), a lei 2/2007, de 28 de marzo (DO. Galicia 13 abril 2007, núm. 72) e lei 12/2007, del 27 de xullo (DOG núm.153, del 8 de agosto, pola que tamén se modifica a Lei 9/1995 do 10 de novembro do Consello Consultivo de Galicia). Hai que manifestar que as modificacións introducidas na lei, entre outras, establecen determinados principios

básicos da organización e funcionamento administrativo, pero sen perder o seu carácter de reguladora de institucións e órganos políticos.

Á fronte da Xunta está o seu presidente, quen dirixe a política xeral e a Administración da comunidade autónoma e, para tal fin, exerce a iniciativa lexislativa, a función executiva e a potestade regulamentaria de conformidade co Estatuto de autonomía e as leis.

A Xunta está composta, ademais de polo presidente, polo vicepresidente ou polos vicepresidentes (se os houbese) e os conselleiros, constituído conxunta e colexiadamente o Consello (que exerce as atribucións da Xunta), nunha reunión formal e plenaria, sometida aos principios de unidade, colexiabilidade, participación e coordinación.

Ademais, como xa se apuntou ao falar do Goberno, a Xunta poderá crear no seu seo comisións delegadas para coordinar a elaboración de directrices e disposicións, programar a política sectorial, examinar asuntos de interese interdepartamental e preparar as reunións do Consello. No réxime xeral de funcionamento das comisións, deberase axustar aos criterios establecidos nesta lei para o Consello. En todo caso, o decreto de creación dunha comisión delegada deberá conter a composición e presidencia desta e as competencias asignadas.

Para a boa orde dos seus traballos e para a preparación dos acordos que se deban adoptar, o Consello da Xunta de Galicia aprobou polo Decreto do 25 de maio de 1984 (*DOG* núm. 141, do 24 de xullo) o seu regulamento de réxime interior, modificado polo Decreto do 25 de marzo de 1994 (*DOG* núm. 63, do 4 de abril).

A semellanza do recollido no citado artigo 152.1º CE, no Estatuto de autonomía de Galicia (no seu artigo 17.1º) establécese que a Xunta de Galicia responde politicamente ante o Parlamento de forma solidaria (baseada na conveniencia de reforzar a cohesión do Goberno e no fortalecemento da posición deste fronte ao Parlamento), sen prexuízo da responsabilidade directa de cada un dos seus compoñentes pola súa xestión. A exixibilidade da responsabilidade política individualizada dos membros do executivo, é dicir, a responsabilidade directa dos conselleiros pola súa xestión, só sería viable mediante moción de reprobación.

A Xunta cesa por causas que podemos chamar voluntarias (dimisión do seu

presidente) ou forzosas (pola realización de eleccións ao Parlamento, pola perda de confianza parlamentaria por medio dunha moción de censura ou dunha cuestión de confianza e polo falecemento do presidente).

Dun xeito análogo ao establecido no artigo 101.2º CE, a Xunta que cesa permanece en funcións ata que a nova Xunta toma posesión, garantindo deste modo a continuidade do órgano de goberno no exercicio das súas funcións. Un executivo desta natureza só está capacitado para adoptar as decisións que exixa a xestión ordinaria dos asuntos públicos correntes, evitando a paralización da maquinaria administrativa, e para abordar os asuntos de carácter urxente.

II.3. O presidente

En concordancia co establecido na CE, o Estatuto de autonomía de Galicia sinala que lle corresponde ao presidente ou presidenta dirixir e coordinar a acción da Xunta de Galicia e posuír a representación da comunidade autónoma e a ordinaria do Estado en Galicia.

A regulación do presidente da Xunta de Galicia (status persoal, elección, cesamento e atribucións) recóllese nos artigos 10 a 26 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, Reguladora da Xunta e da súa Presidencia (modificada en varias ocasións, como xa se indicou). Sobre a natureza xurídica dos presidentes das comunidades autónomas e dos seus consellos de Goberno, véxase a STC 222/2006, do 6 de xullo, relativa á inconstitucionalidade da exclusión do lehendakari da conxelación salarial prevista para altos cargos na Lei de orzamentos de Euskadi para 1997 (A LEI 70007/2006).

No relativo á súa elección, o presidente do Parlamento, logo de consulta con forzas políticas representadas parlamentariamente, e oída a Mesa, propondrá un candidato (de entre os membros do Parlamento) a presidente ou presidenta da Xunta.

O candidato presentarlle o seu programa ao Parlamento e, para ser elixido, deberá obter maioría absoluta en primeira votación. De non a obter, procederase a unha nova votación vinte e catro horas despois da anterior, e a confianza entenderase outorgada se lograrse a maioría simple. Caso de non conseguir a dita maioría, tramitaranse sucesivas propostas na forma prevista anteriormente. Se transcorresen dous meses a partir da primeira votación de investidura sen que ningún candidato proposto obtivese a confianza

do Parlamento, este quedará disolto e procederase á convocatoria de novas eleccións.

Se o Parlamento lle outorga a súa confianza ao candidato, o presidente ou presidenta comunicarllo ao rei para o seu nomeamento, mediante real decreto que se publicará no *Boletín Oficial del Estado* e no *Diario Oficial de Galicia*. O elixido tomará posesión do seu cargo dentro dos cinco días seguintes ao da publicación do seu nomeamento.

Por razón do seu cargo (status), o presidente da Xunta ten prerrogativas e dereitos (mesmo con proxección posterior ao seu cesamento no posto), delimitados polo réxime de incompatibilidades e o principio de responsabilidade. Entre estes, pódense sinalar:

1. A preeminencia que, conforme a alta representación da comunidade autónoma e a ordinaria do Estado en Galicia, lle corresponde. Que lle sexan rendidas as honras pertinentes.
2. Recibir o tratamento de excelencia. Utilizar a bandeira de Galicia como guión.
3. Ocupar a residencia oficial que se estableza, coa correspondente dotación de persoal e servizos.
4. Percibir a remuneración e os gastos de representación que sexan establecidos polo Parlamento de Galicia e figuren nos orzamentos xerais da comunidade autónoma.
5. Recibir con carácter vitalicio o tratamento de excelente señor e as honras protocolarias e as establecidas na lexislación vixente e nas que, se é o caso, dite a comunidade autónoma. As ex-presidentas e ex-presidentes terán dereito a percibir, durante dous anos desde a data do seu cesamento, as compensacións económicas que se establezan por decreto da Xunta de Galicia. Así mesmo, terán dereito por un período de catro anos adicionais se tiveron a condición de presidenta ou presidente durante catro ou menos anos, ou por un período de dez anos adicionais se tiveron a condición de presidenta ou presidente durante máis de catro anos, aos medios e servizos que se establezan por decreto da Xunta. Este dereito será incompatible coa condición de membro nato do Consello Consultivo de Galicia ou co exercicio dun cargo público que outorgue unha prestación de medios e servizos de análoga natureza. Non obstante, a Xunta de Galicia poderalles prestar ás ex-presidentas e ex-

presidentes os medios materiais de apoio precisos para o exercicio das funcións inherentes á súa condición por un período de tempo superior ao establecido no parágrafo anterior.

O presidente ou a presidenta da Xunta non poderá exercer ningunha función pública que non derive do seu cargo, nin actividade mercantil ou profesional ou calquera outra que puidese menoscabar a independencia e dignidade da súa función.

A responsabilidade política do presidente ou presidenta da Xunta ante o Parlamento será exixible nos termos establecidos no Estatuto de autonomía, no Regulamento da Cámara e na Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia. Durante o seu mandato, e polos actos delituosos cometidos no territorio de Galicia, non poderá ser detido nin retido agás en caso de flagrante delito, correspondéndolle decidir, en todo caso, sobre a súa inculpación, prisión, procesamento e xuízo ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Fóra do dito territorio, a responsabilidade penal será exixible nos mesmos termos ante a Sala do Penal do Tribunal Supremo.

O presidente da Xunta cesa, tras a celebración de eleccións autonómicas, nos casos de perda de confianza parlamentaria ou por dimisión, falecemento ou incapacidade para o exercicio do cargo (apreciada polo Parlamento). Nos supostos de falecemento e incapacidade do presidente ou presidenta, será substituído polos vicepresidentes, se os houbese e, no seu defecto, polo conselleiro que máis tempo leve pertencendo ininterrompidamente á Xunta, e, en caso de igualdade, o de máis idade. A mesma orde de relevo se observará nos casos de ausencia ou enfermidade temporal do presidente ou presidenta da Xunta, salvo designación expresa deste.

Ao presidente ou presidenta da Xunta, **como supremo representante da comunidade autónoma**, compételle:

1. Representar esta nas relacións con outras institucións do Estado.
2. Subscribir os convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas.
3. Convocar eleccións ao Parlamento de Galicia tras a súa disolución. Promulgar en nome do rei as leis de Galicia, así como, se é o caso, os decretos legislativos e ordenar a súa publicación.

4. O presidente ou presidenta, baixo a súa exclusiva responsabilidade e logo de deliberación do Consello da Xunta, poderá disolver o Parlamento mediante decreto que fixará a data das eleccións. Esta facultade en todo caso non se poderá exercer cando non transcorrese polo menos un ano desde a última disolución da Cámara.

Como representante ordinario do Estado en Galicia, correspóndelle ao presidente da Xunta:

1. Manter relacións coa Delegación do Goberno para os efectos dunha mellor coordinación das actividades do Estado en Galicia e as da comunidade autónoma.
2. Ordenar a publicación no *Diario Oficial de Galicia* do nomeamento do presidente ou da presidenta do Tribunal Superior de Xustiza.
3. Ordenar a publicación no *Boletín Oficial del Estado* das leis e dos decretos lexislativos de Galicia.

Para a dirección e coordinación das actividades da Xunta, correspóndenlle as seguintes atribucións:

1. Crear, modificar ou suprimir mediante decreto a vicepresidencia ou vicepresidencias, se as houbese, e as consellarías, sempre que non supoña aumento de gasto público, así como nomear e dispoñer o cesamento dos vicepresidentes e conselleiros.
2. Convocar, presidir, suspender e levantar as reunións do Consello e das comisións delegadas, así como dirixir as súas deliberacións.
3. Dirixir e coordinar a acción de Goberno e asegurar a súa continuidade.
4. Velar polo cumprimento das directrices sinaladas pola Xunta e promover ou coordinar a execución dos acordos do Consello e das súas comisións delegadas.
5. Asegurar a coordinación entre as distintas consellarías.
6. Coordinar o programa legislativo da Xunta e a elaboración de normas de carácter xeral.
7. Encomendarlle a un vicepresidente ou a un conselleiro que se encargue do despacho dunha consellaría ou da propia presidencia, en caso de ausencia, enfermidade ou impedimento de titular.
8. Formular ante o Parlamento, despois de deliberación do Consello, a cuestión de

confianza.

9. Presentarlle ao Parlamento os proxectos de lei por si mesmo ou a través do membro da Xunta designado.

10. Facilitarlle ao Parlamento a información e documentación que este solicite da Xunta.

11. Solicitar que o Parlamento se reúna en sesión extraordinaria.

12. Solicitar que se celebre un debate xeral no Parlamento.

13. Comunicarlle ao Parlamento a interposición de recursos de inconstitucionalidade e a formulación de conflitos de competencias ante o Tribunal Constitucional, así como o acordo da Xunta de comparecer nos recursos e nas cuestións de inconstitucionalidade que afecten a Galicia.

14. Exercer cantas facultades e atribucións lle correspondan conforme as disposicións vixentes.

III. O CONSELLO CONSULTIVO DE GALICIA.

1. Antecedentes

Na Constitución liberal de 1812, na Constitución republicana de 1931 ou no réxime franquista (na Lei do 25 de novembro de 1945), regulouse unha institución que co nome de Consello de Estado ou Consello Real ou Executivo tiña por finalidade ditaminar nos asuntos gobernativos graves.

O Goberno e a Administración dun estado de dereito concrétese nun control a posteriori das súas actuacións; pero, tamén nun sistema de consulta previa a un órgano cualificado naquelas actuacións e disposicións que pola súa importancia ou complexidade así o requiran.

Na Constitución de 1978 establécese que o Consello de Estado é o supremo órgano consultivo do Goberno (artigo 107). A Lei Orgánica 3/1980, do 22 de abril (BOE núm. 100, do 25 de abril), do Consello de Estado, regula a súa composición e competencia. O Regulamento Orgánico do Consello de Estado, foi aprobado polo Real Decreto 1674/1980, do 18 de xullo (BOE núm. 209, do 30 de agosto) e modificado posteriormente en numerosas ocasións.

No Estatuto de Autonomía para Galicia, a diferenza do contemplado nos Estatutos doutras Comunidades Autónomas (p.ex., o catalán), non contemplaba a creación dun órgano propio de carácter consultivo. Porén, o Tribunal Constitucional na sentenza 204/1992, do 26 de novembro, recoñece que, en base á capacidade autoorganizativa das Comunidades Autónomas, é posible a creación de consellos consultivos superiores autonómicos. Coa publicación da Lei 30/1992, do 26 de novembro (coa mesma data da citada STC), de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, faise expresamente referencia ao Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma (artigo 102.3º e 103.4º).

2.- O Consello Consultivo de Galicia

O Consello Consultivo de Galicia foi creado pola Lei 9/1995, do 10 de novembro. Tras varias reformas que tivo, actualmente está regulado pola Lei 3/2014, do 24 de abril.

O Consello Consultivo é o supremo órgano consultivo da Xunta de Galicia e das administracións públicas da Comunidade Autónoma de Galicia, e actúa con independencia respecto de calquera órgano e, en garantía dela, goza de autonomía orgánica e funcional, non estando os seus membros ligados por ningún mandato imperativo.

Emite ditame en cantos asuntos, relativos ás materias previstas na Lei 3/2014, sexan sometidos á súa consulta pola Presidencia da Xunta de Galicia, o Consello da Xunta ou calquera das persoas que forman parte del, as administracións do sector público autonómico, as entidades locais e as universidades públicas de Galicia.

Nese labor consultivo, o Consello Consultivo de Galicia exercerá o control previo do rigor técnico xurídico das actuacións do órgano consultante, velando pola observancia da Constitución, do Estatuto de autonomía de Galicia e do resto do ordenamento xurídico, sen estenderse en valoracións de oportunidade ou conveniencia, agás que así o solicite expresamente o órgano consultante.

A consulta ao Consello Consultivo de Galicia será preceptiva cando así se estableza por lei e, como regra xeral, os seus ditames non serán vinculantes, agás que por lei se dispoña tal carácter. Cómpre destacar que os asuntos sobre os que se pida e emita ditame polo Consello Consultivo, non poderán ser logo sometidos polo órgano consultante a un ditame posterior doutro órgano ou institución consultiva.

Tamén está previsto que o Consello da Xunta poderá encomendar ao Consello Consultivo de Galicia a redacción de anteproxectos legislativos e a elaboración de propostas legislativas ou de reforma estatutaria. A súa realización deberá axustarse estritamente ao ámbito delimitado polos criterios expresados polo Consello da Xunta.

Poderá tamén a persoa titular da Presidencia da Xunta de Galicia solicitar do Consello Consultivo de Galicia a emisión de informes sobre calquera cuestión concreta cando, ao seu xuízo, sexan de indubidable transcendencia para a Comunidade Autónoma de Galicia.

3. Composición.

O Consello Consultivo de Galicia estará integrado por conselleiras e conselleiros electivos e máis por conselleiras e conselleiros natos.

As conselleiras e os conselleiros electivos, en número de cinco, deberán ser xuristas de recoñecida competencia que contén cunha experiencia e desempeño efectivo durante polo menos dez anos no cargo, función ou actividade profesional relacionados especificamente con aquelas especialidades de dereito público relacionadas coas actividades do Consello Consultivo. Serán nomeados polo presidente da Xunta, por un período de seis anos: dous unha vez escoitado o Consello da Xunta e os outros tres por proposta do Parlamento de forma proporcional á representación dos grupos parlamentarios existentes na Cámara. Terán como límite máximo de permanencia no cargo de conselleiro electivo a idade de setenta e dous anos.

As conselleiras e os conselleiros natos son as persoas que exerceron a Presidencia da Xunta de Galicia. A súa incorporación inicial ao Consello Consultivo pode producirse en calquera momento, pero en todo caso antes de cumpriren a idade de setenta e cinco anos. Exercerán o seu mandato por un período de seis anos de teren a condición de titular da Presidencia da Xunta de Galicia durante catro ou menos anos, ou por un período de doce anos de teren a condición de titular da Presidencia da Xunta de Galicia durante máis de catro anos.

O Consello Consultivo de Galicia articúlase nos seguintes órganos: a Presidencia, o Pleno, a Sección de Ditames, a Sección de Estudos e Informes e a Secretaría Xeral.

A persoa titular da Presidencia do Consello Consultivo será elixida por e entre as conselleiras e os conselleiros electivos en votación secreta e por maioría absoluta, e será nomeada pola Presidencia da Xunta.

O Pleno do Consello Consultivo está constituído pola persoa que desempeña a Presidencia, as conselleiras e os conselleiros electivos e máis as conselleiras e os conselleiros natos.

Compoñen a Sección de Ditames a persoa titular da Presidencia do Consello e as conselleiras e os conselleiros electivos.

A Sección de Estudos e Informes está composta pola persoa titular da Presidencia do Consello, quen a presidirá, por unha conselleira ou conselleiro electivo e por unha conselleira ou conselleiro nato, que se designarán anualmente polo Pleno por proposta da Presidencia do Consello. Poderá incorporarse a ela, para a súa intervención limitada a un asunto concreto, outra conselleira ou conselleiro electivo, que se designará na mesma forma.

A persoa titular da Secretaría Xeral deberá ser licenciada en Dereito e funcionaria do grupo A, subgrupo A-1, da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, doutras comunidades autónomas ou do Estado, ou persoal letrado do Consello Consultivo ou do Parlamento de Galicia. Será nomeada e cesada polo Pleno por proposta da Presidencia do Consello Consultivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bello Janeiro, D. (director): *Manual de dereito galego* (tomo I), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (coordinador): *Dereito público galego*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1993.
- Sarmiento Méndez, X. A.: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2001.
- García de Enterría, E. (e outros): *Código de las leyes administrativas*, Civitas, Madrid, 2009.

<http://www.valedordopobo.com/index.php?s=48&l=gl>

http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento_do_Parlamento_de_Galicia.PDF

http://elecciones09.xunta.es/lexislacion_autonomica_es.html

http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidoGal/pargal_II_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1

<http://ccgalicia.es/textos/pdf's/Ley%20de%20Creacion%20do%20Consello.pdf>

FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 5

**O PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA
ELECTORAL. ORGANIZACIÓN,
FUNCIONAMENTO E FUNCÍONS DO
PARLAMENTO. O CONTROL PARLAMENTARIO
DA ACCIÓN DO GOBERNO. O VALEDOR DO
POBO**

TEMA 5. O PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMENTO E FUNCIÓNS DO PARLAMENTO. O CONTROL PARLAMENTARIO DA ACCIÓN DO GOBERNO. O VALEDOR DO POBO

I.- O PARLAMENTO DE GALICIA

I.1.- Introducción

O ordenamento parlamentario galego susténtase no dereito constitucional e estatutario. Así, segundo a Constitución española, a organización institucional autonómica basearase nunha Asemblea Lexislativa elixida por sufraxio universal conforme un sistema de representación proporcional que asegure, ademais, a representación das diversas zonas do territorio (artigo 152.1º CE). E no artigo 9.1º do Estatuto de autonomía de Galicia, sinálase que os poderes da comunidade autónoma se exercerán a través do Parlamento, da Xunta e do seu Presidente. Do exposto, pódense apuntar as notas caracterizadoras do réxime parlamentario galego:

- a) Trátase dun sistema parlamentario unicameral.
- b) Os seus membros son elixidos de modo que se garanta a representación das distintas zonas do territorio (a división por provincias).
- c) As súas funcións son as que lle corresponden ao poder lexislativo.

A regulación do Parlamento de Galicia recóllese nos artigos 10 e seguintes do capítulo I do título primeiro (Do poder galego) do Estatuto de autonomía de Galicia e, moi singularmente, no Regulamento do Parlamento de Galicia (texto refundido publicado no *DOG* núm. 3, do 4 de xaneiro de 1995, con modificación última *DOG* núm. 155, do 14 de agosto de 2012), instrumento xurídico cunha natureza que se asemella máis a unha lei que a un regulamento propiamente dito, xa que non executa nin desenvolve lei ningunha, nin trae causa do executivo, constituíndo unha auténtica facultade de autoorganización. Poderíanse incluír entre as fontes do dereito parlamentario galego os acordos interpretativos e normas complementarias. Ademais, hai que referenciar que certas leis autonómicas teñen moita importancia en cuestións como as relacións institucionais (así, a Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia; a Lei 6/1984, do 5 de xuño, do Valedor do Pobo; ou a Lei 6/1985, do 24 de xuño, reguladora do Consello

de Contas), nos procedementos legislativos (a Lei 1/1988, do 19 de xaneiro, que regula a iniciativa popular) ou na composición do propio Parlamento (determinado pola Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia). Cómpre indicar que no Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, se recollen referencias aos procedementos parlamentarios de control e impulso (por exemplo, na regulamentación de información trimestral das modificacións orzamentarias que acorde a Xunta).

I.2.- Organización do Parlamento

Cun mero carácter sistematizado, podemos distinguir, entre os diferentes órganos parlamentarios, os que son de carácter reitor ou coordinador (o Presidente, a Mesa e a Xunta de Voceiros) dos que son órganos de traballo (os relatorios, a Comisión e o Pleno).

I.2.a) A Presidencia

A súa elección realízase entre os membros da Cámara, precisando a súa maioría absoluta. De non se conseguir a dita maioría, procederase a unha votación entre os dous deputados que conseguisen na anterior o maior número de votos e resultará elixido o que obteña máis votos.

No ámbito anglosaxón, a Presidencia da Cámara é un órgano con militancia partidaria. Hai posicionamentos doutrinais que negan a posibilidade de que o Presidente realice un labor de orientación política na dirección da Cámara, cinguíndose o seu labor á premisa da imparcialidade. O caso galego podería constituír unha terceira vía, pois aínda que na súa actuación debe guiarse pola equidade, neutralidade e obxectividade, o certo é que integra de xeito activo o seu grupo parlamentario.

A función máis visible da Presidencia é a representativa (sen prexuízo da que corresponda á Mesa) e a de dirixir e coordinar a acción da Mesa. Tamén son funcións súas a de garantir a boa marcha dos traballos parlamentarios, a moderación e dirección dos debates parlamentarios (incluída a función disciplinaria de manter a orde). É o encargado de ordenar os pagamentos (función que adoita delegarse).

Téñase en conta que os vicepresidentes substitúen a presidencia no exercicio das competencias que lle son propias nos casos de ausencia, imposibilidade ou vacante.

I.2.b) A Mesa

A Mesa é o órgano reitor da Cámara e desempeña a representación colexiada desta nos actos a que asista. Estará composta polo presidente do Parlamento, dous vicepresidentes, un secretario e un vicesecretario. Entenderase validamente constituída cando estean presentes, polo menos, tres dos seus membros. A limitación da súa composición a cinco membros pode implicar dificultades no momento de plasmar neste órgano colexiado a representación dos grupos presentes na Cámara, e por iso hai voces partidarias de incrementar o seu número. Con todo, co fin de posibilitar a presenza na Mesa de representantes das minorías, a elección da Mesa, que terá lugar na sesión constitutiva do Parlamento, realízase por un sistema de voto limitado (así, os dous vicepresidentes elíxense simultaneamente, por orde sucesiva e en atención ao número de votos; este sistema tamén se aplica á elección do secretario e vicesecretario. De se produciren vacantes, cubriranse do mesmo modo. A todo o exposto, hai que engadir que se poden producir acordos de distribución de postos entre as forzas políticas da Cámara.

Correspóndenlle á Mesa as seguintes funcións:

- 1.- Interpretar e suplir o regulamento, se é o caso, nos supostos de dúbida ou omisión.
- 2.- Adoptar cantas decisións e medidas requiran a organización do traballo e o réxime e goberno interiores da Cámara.
- 3.- Elaborar o proxecto de orzamentos do Parlamento de Galicia e proceder á súa execución unha vez aprobados.
- 4.- Aprobar os gastos da Cámara, sen prexuízo das delegacións que poida acordar.
- 5.- Cualificar, conforme o regulamento, os escritos e documentos de índole parlamentaria, así como declarar a admisibilidade ou inadmisibilidade destes.
- 6.- Decidir a tramitación de todos os escritos e documentos de índole parlamentaria, de acordo coas normas establecidas neste regulamento.
- 7.- Programar as liñas xerais de actuación da Cámara, fixar o calendario de actividades do Pleno e das comisións para cada período de sesións e coordinar os traballos dos seus distintos órganos, todo isto despois da audiencia da Xunta de Voceiros.
- 8.- Calquera outra que lle encomende este regulamento e as que non estean atribuídas a

un órgano específico.

I.2.c) A Xunta de Voceiros

Constitúese coa presenza dos voceiros dos grupos parlamentarios, coa presenza da Presidencia do Parlamento e a asistencia, polo menos dun vicepresidente, do secretario ou vicesecretario e do letrado oficial maior. As súas reunións non teñen unha periodicidade establecida, aínda que o fará cando menos cada 15 días (para a preparación da orde do día do Pleno da Cámara). Unha das peculiaridades deste órgano é o emprego do voto ponderado na opción dos seus acordos, é dicir, o criterio do voceiro é mesurado polo número de deputados do seu grupo.

As funcións da Xunta de Voceiros son de carácter consultivo, xa que será escoitada para:

- 1.- Establecer os criterios que contribúan a ordenar e facilitar os debates e as tarefas do Parlamento.
- 2.- Decidir a Comisión competente para entender nos proxectos ou nas proposicións de lei.
- 3.- Fixar o número de membros de cada grupo parlamentario que integrarán as comisións.
- 4.- Establecer o calendario de actividades das comisións.
- 5.- Asignarlles os escanos no salón de sesións aos diferentes grupos parlamentarios.

I.2.d) As comisións

Son a manifestación no ámbito parlamentario do principio de especialización; por iso, sen prexuízo das competencias do Pleno, os asuntos prioritarios despáchanse en comisións. Quizais por esa circunstancia, o seu carácter de órgano de traballo e técnico (cada deputado debe pertencer cando menos a unha comisión parlamentaria) está matizado por un compoñente político, manifestado na necesidade de que todos os grupos parlamentarios formen parte das distintas comisións e que a devandita presenza sexa proporcional ao número de escanos de cada grupo. O número de comisión será o que determine a Mesa do Parlamento, oída a Xunta de Voceiros. En cada comisión constituirase unha mesa integrada por un presidente, un vicepresidente e un secretario.

As comisións poden ser permanentes ou non permanentes (as que se crean para

unha función especial ou un traballo concreto e se extinguen ao finalizar o seu obxecto e, en todo caso, ao concluír a lexislatura). Segundo o artigo 45 do Regulamento do Parlamento, son comisións permanentes as seguintes:

- 1.- Institucional, de Administración Xeral, Xustiza e Interior.
- 2.- Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos.
- 3.- Economía, Facenda e Orzamentos (esta é a única Comisión na que a maioría parlamentaria adoita ceder a súa presidencia).
- 4.- Educación e Cultura.
- 5.- Sanidade, Política Social e Emprego.
- 6.- Industria, Enerxía, Comercio e Turismo
- 7.- Agricultura, Alimentación, Gandaría e Montes.
- 8.- Pesca e Marisqueo.
- 9.- Regulamento.
- 10.- Estatuto dos Deputados (que presenta unha singular composición, xa que conta cun membro por cada un dos grupos parlamentarios).
- 11.- Peticións (que estará formada pola Mesa do Parlamento e mais un deputado de cada grupo parlamentario e adoptará as decisións polo sistema de voto ponderado).
- 12.- Aquelas que deban constituírse por disposición legal (así, a Comisión de Control da Compañía da RTVG).

As comisións coñecerán dos proxectos, proposicións ou asuntos que lles encomende, de acordo coa súa respectiva competencia, a Mesa do Parlamento. A través do presidente do Parlamento, as comisións poden:

- 1.- Pedir a información e documentación que necesiten das institucións autonómicas e dos entes públicos de Galicia. Así mesmo, pódennlle solicitar información e documentación ás autoridades do Estado respecto daquelas competencias atribuídas á Xunta de Galicia das cales non estean aínda transferidos os servizos.
- 2.- Requerir a presenza dos membros da Xunta de Galicia competentes por razón da

materia que se debata, para informar sobre todas as cuestións das que sexan consultados.

3.- Solicitar a presenza de funcionarios, autoridades e particulares.

I.2.f) O Pleno e a Deputación Permanente

O Pleno do Parlamento de Galicia está formado pola totalidade dos membros da Cámara. Será convocado polo seu presidente, por propia iniciativa ou por solicitude, polo menos, de dous grupos parlamentarios ou da quinta parte dos deputados membros da Cámara.

Os deputados tomarán asento no salón de sesións conforme a súa adscrición a grupos parlamentarios. Os membros da Xunta de Galicia teñen escano asignado.

O Pleno reúnese en dous períodos de sesións (setembro-décembro e febreiro-xuño). Durante estes, para a súa convocatoria é precisa a existencia previa dunha orde do día cos asuntos que se van tratar.

Cando o Parlamento está disolto ou cando non é período de sesións (ou por causa de forza maior que impida a reunión do Pleno), funciona a Deputación Permanente. O dito órgano parlamentario:

- 1.- Coñecerá a delegación temporal das funcións executivas do presidente da Xunta de Galicia nun dos conselleiros.
- 2.- Exercerá o control da lexislación delegada.
- 3.- Entenderá en todo o que atinxe á inviolabilidade parlamentaria.
- 4.- Convocará o Parlamento por acordo da maioría absoluta dos membros da Deputación Permanente.
- 5.- Poderá autorizar orzamentos extraordinarios, suplementos de créditos e créditos extraordinarios, por petición da Xunta de Galicia, por razón de urxencia e de necesidade xustificada, sempre que así o acorde a maioría absoluta dos seus membros.
- 6.- Poderá tamén autorizar ampliacións ou transferencias de crédito, cando o exixan a conservación da orde, unha calamidade pública ou unha necesidade financeira urxente doutra natureza, de acordo coa maioría absoluta dos seus membros.

A Deputación Permanente estará presidida polo presidente do Parlamento de

Galicia. Formarán parte desta un mínimo de once membros, que representarán os grupos parlamentarios en proporción á súa importancia numérica. En calquera caso, a Deputación Permanente dará conta ao Pleno do Parlamento dos asuntos e das decisións tratados na primeira sesión ordinaria.

II.- SISTEMA ELECTORAL

II.1.- Introducción

A democracia representativa como base do sistema de dereitos e liberdades que limitan o poder ten o seu fundamento no sufraxio universal (como manifestación da participación pública no exercicio da soberanía) e unha das súas máximas garantías na normativa que regula o proceso electoral.

As eleccións dan lugar a un goberno representativo que exerce un poder lexítimo, que pode ser obxecto de control e que responde periodicamente ante os cidadáns.

O sufraxio universal aparece constitucionalizado cando no artigo 152.1 CE se establece que a organización institucional autonómica se baseará nunha Asemblea Lexislativa elixida por sufraxio universal conforme un sistema de representación proporcional. No Estatuto de Autonomía de Galicia indícase que o Parlamento estará constituído por deputados elixidos (por un prazo de catro anos e de acordo cun sistema de representación proporcional) por sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto.

A normativa electoral da comunidade galega é moi similar á normativa estatal (e á das outras comunidades autónomas), xa que esta ten unha importante incidencia na configuración dos partidos políticos.

A dita normativa vén conformada pola Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia (*DOG* núm. 156, do 16 de agosto; corrección de erros no *DOG* núm. 185, do 26 de setembro). A entrada en vigor da Lei orgánica 8/1991, do 13 de marzo, de reforma da Lei electoral xeral, fixo necesaria unha modificación, realizada pola Lei 15/1992, do 30 de decembro, abordándose tamén cuestións como a das competencias da Xunta Electoral de Galicia, a distribución de tempos gratuítos de propaganda electoral nos medios de comunicación de titularidade pública (que experimentan un substancial aumento), a actualización dos límites de

gasto electoral e os de subvencións de tales gastos á reforma dos supostos de inelixibilidades e o cambio no límite mínimo para a atribución de escanos. Pola Lei 12/2004, do 7 de decembro, vólvese modificar a Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia, para ampliar o prazo para a realización do escrutinio xeral do voto dos electores residentes no estranxeiro. A Lei galega para a igualdade de mulleres e homes tamén incidiu sobre o réxime electoral (artigo 16º.- Espazos electorais), xa que previu o incremento nun dez por cento do tempo gratuíto de propaganda electoral nos medios de comunicación da Compañía de RTVG se o destinan ao debate electoral sobre as cuestións de xénero. Finalmente, pola Lei 10/2012, de 3 de agosto, modifícase o artigo 4, ap. 2 b), para substituír o termo vicevaledor polo de adxunto.

II.2.- O dereito ao sufraxio

Son electores os galegos que sexan maiores de idade e gocen do dereito de sufraxio activo. Para o exercicio do dereito de sufraxio, é indispensable a inscrición no censo electoral (que é único, pero referido ás catro circunscricións electorais). E son galegos aqueles españois que teñan veciñanza administrativa nalgún dos municipios de Galicia e os residentes no estranxeiro que acrediten a súa última veciñanza administrativa en Galicia (e os seus descendentes inscritos como españois).

Todos os electores son elixibles, con excepción do establecido nos denominados réximes da inelixibilidade e de incompatibilidade.

A inelixibilidade implica un límite ao sufraxio pasivo de cara a garantir a independencia do voto elector (ao garantir que o candidato, de resultar elixido, se poderá dedicar ao seu labor), restrinxindo o dereito a ser elixible ás persoas que ocupan unha serie de cargos establecidos. Así, non son elixibles:

- O conselleiro maior e os conselleiros do Consello de Contas de Galicia, o Valedor do Pobo e os seus vicevaledores.
- Os alcaldes, presidentes de deputación e deputados provinciais.
- Os secretarios xerais e os directores xerais das consellarías, os directores dos gabinetes da Presidencia e das consellarías, así como os altos cargos de libre designación da Xunta

de Galicia nomeados por decreto da Xunta, os presidentes e directores xerais ou asimilados dos organismos autónomos dependentes da Comunidade Autónoma de Galicia, agás que a devandita presidencia sexa exercida por un membro do Consello do Goberno, os delegados xerais da Xunta...

- O director xeral da Compañía de Radio e Televisión de Galicia, os directores das sociedades e os seus delegados territoriais. O delegado territorial de TVE en Galicia, así como os directores dos centros de radio e televisión que dependan de entes públicos.
- Os membros da Policía Autónoma en activo.
- O presidente, vicepresidente, ministros e secretarios de Estado do Goberno central.
- Os parlamentarios das asembleas doutras comunidades autónomas e os membros dos consellos de Goberno das demais comunidades autónomas, así como os cargos de libre designación dos citados consellos.
- Os que exerzan funcións ou cargos conferidos e remunerados por un Estado estranxeiro.

A figura da incompatibilidade opera despois da elección, e ten como finalidade garantir a independencia do parlamentario no cumprimento axeitado das funcións que lle son propias. A condición de parlamentario na Cámara galega é incompatible:

- Coa condición de parlamentario europeo, deputado do Congreso e senador (salvo os senadores elixidos en representación da comunidade autónoma).
- Cos cargos de membros do Consello de Administración da Compañía de Radio e Televisión de Galicia, e cos de presidentes de consellos de administración, conselleiros, administradores, directores xerais, xerentes e cargos equivalentes de entes públicos e empresas de participación pública maioritarias.
- En todo caso, é compatible co desempeño de actividades persoais, agás nos supostos seguintes:

- As actividades de xestión ou dirección ante a Administración pública galega, os seus entes ou organismos autónomos en asuntos que teñan que resolver estes, que afecten directamente á realización dalgún servizo público ou que estean encamiñados a obter subvencións ou avais públicos. Exceptúanse as actividades particulares que, en exercicio dun dereito recoñecido, realicen os directamente

interesados, así como as subvencións ou avais cuxa concesión derive da aplicación regulada do disposto nunha norma de carácter xeral.

- A actividade de contratista ou fiador de obras, servizos ou subministracións públicas que se paguen con fondos da comunidade autónoma ou o desempeño de cargos que leven anexas funcións de dirección ou representación en compañías ou empresas que se dediquen ás ditas actividades.
- A realización, con posterioridade á data da súa elección como deputado, de concertos de prestación de servizos de asesoramento ou de calquera outra índole, con titularidade, individual ou compartida, en favor da Administración pública galega.
- A participación superior ao 10 por 100, adquirida en todo ou en parte, con posterioridade á data da súa elección como deputado, agás que fose por herdanza, en empresas ou sociedades que teñan concertos de obras servizos ou subministracións con entidades do sector público.

II. 3.- Sistema electoral

Os dous grandes modelos son o sistema proporcional ou o maioritario. O sistema maioritario representa unha concepción do poder baseada en gobernos homoxéneos e estables. Na Comunidade Autónoma de Galicia, o sistema electoral é proporcional e así se recolle no artigo 11.2º do seu Estatuto de autonomía. A dita proporcionalidade na distribución dos 75 escanos vai indisolublemente vinculada ás circunscricións electorais (as catro provincias) e materialízase mediante a fórmula D'Hondt (procedemento recollido no artigo 9.3º da Lei de eleccións ao Parlamento de Galicia). Con todo, a distribución dos escanos en relación coa poboación provincial só afecta a 35 deputados, xa que cada provincia ten atribuídos un mínimo de 10 escanos.

As candidaturas preséntanse en listas pechadas, e deben superar a barreira do 5% para teren a opción de entrar no cómputo dos votos cara á obtención de escano. Esta barreira electoral persegue a excesiva fragmentación da representación, e as posibles dúbidas da súa inconstitucionalidade xa foron resoltas pola STC 75/1985, do 21 de xuño. No relativo ás listas, hai que pór de manifesto que deben contar co número exacto de escanos que deben ser cubertos, sen que se poida admitir lista ningunha que non cumpra

este requisito (nese sentido, está a Sentenza do 14 de decembro do 1989, da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia).

Os partidos políticos precisan, no marco electoral, acadar a maior representación posible, o cal se traduce nunha necesidade de transmitir o seu posicionamento ao electorado. Nesa circunstancia, resulta de grande importancia un período de tempo concreto: a campaña electoral e, por extensión, a regulamentación das actividades de propaganda a través dos medios de comunicación de masas e o financiamento desta, regulados con detalle nos artigos 24 e seguintes da Lei de eleccións ao Parlamento de Galicia, co fin de garantir os principios democráticos de liberdade de expresión, información e reunión, de neutralidade e imparcialidade dos poderes públicos e de igualdade de oportunidades para os candidatos.

Enténdese por campaña electoral o conxunto de actividades lícitas levadas a cabo polos candidatos, partidos, federacións, coalicións ou agrupacións de cara á captación de sufraxios. A campaña electoral terá unha duración non inferior a quince días nin superior a vinte e un e, en todo caso, concluirá ás cero horas do día inmediatamente anterior ao da votación.

Polo que respecta á publicidade electoral nos medios de titularidade pública, os candidatos que concorran ás eleccións teñen dereito a dispor de espazos gratuítos (sen que poidan contratar nestes outro tipo de publicidade electoral), distribuíndose en proporción ao número de votos obtidos polos seus partidos nas eleccións anteriores, asegurándolles, en todo caso, un tempo mínimo a todas as forzas políticas que concorran por primeira vez ou as que, participando en eleccións anteriores, non obtivesen escano.

O control do gasto electoral correspóndelle ao Consello de Contas (no aspecto técnico-contable) e á Xunta Electoral da Comunidade Autónoma (no aspecto xurídico). A subvención aos partidos políticos do dito gasto electoral confórmase no artigo 44 da Lei de Eleccións ao Parlamento de Galicia.

II.4. A Xunta Electoral da comunidade autónoma

A Xunta Electoral de Galicia é un órgano da Administración electoral, de carácter permanente, que ten por labor garantir a obxectividade e transparencia do proceso electoral e o principio de igualdade das entidades políticas que concorren a un proceso

electoral. Está composta por:

- Presidente: o presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.
- Vicepresidente: o elixido polos vogais, de entre os de orixe xudicial, na sesión constitutiva do órgano.
- Catro vogais: maxistrados do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.
- Catro vogais: profesores en activo das facultades de Dereito, de Ciencias Políticas ou de Socioloxía das universidades de Galicia.
- Un secretario: o letrado oficial maior do Parlamento de Galicia.

III.- ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMENTO E FUNCÍONS DO PARLAMENTO

Segundo o artigo 10 do Estatuto de autonomía de Galicia, son funcións do Parlamento de Galicia as seguintes:

- 1.- Exercer a potestade lexislativa da comunidade autónoma. O Parlamento só poderá delegar esta potestade lexislativa na Xunta, nos termos que establecen os artigos 82, 83 e 84 da Constitución para o suposto da delegación lexislativa das Cortes Xerais ao Goberno, todo iso no marco deste estatuto.
- 2.- Controlar a acción executiva da Xunta, aprobar os orzamentos e exercer as outras competencias que lle sexan atribuídas pola Constitución, por este estatuto, polas leis do Estado e polas do Parlamento de Galicia.
- 3.- Designar para cada lexislatura das Cortes Xerais os Senadores representantes da comunidade autónoma galega, de acordo co previsto no artigo 69, apartado 5, da Constitución. Tal designación será feita de forma proporcional á representación das distintas forzas políticas existentes no Parlamento de Galicia.
- 4.- Elixir, de entre os seus membros, o presidente.
- 5.- Exixirlle, se é o caso, responsabilidade política á Xunta e ao seu Presidente.
- 6.- Solicitar do Goberno a adopción de proxectos de lei e presentar ante a Mesa do Congreso dos Deputados proposicións de lei.
- 7.- Interpor recursos de inconstitucionalidade e presentarse ante o Tribunal Constitucional nos supostos e termos previstos na Constitución e na Lei orgánica do Tribunal

Constitucional.

Pódese afirmar que as dúas funcións básicas dun Parlamento son a lexislativa e a de control. E existen autores que consideran que o actual modelo de parlamentarismo está en crise, dado que o Parlamento xa non ten o monopolio da actividade lexislativa (pois o Goberno é o autor da maioría destas iniciativas), nin ten posibilidades dun control efectivo, xa que o Goberno (con base nos parlamentarios que o apoian) pode frear case todas as iniciativas de control do Parlamento. Con todo, máis ben parece que o que aconteceu é que os partidos políticos tomaron forza no actual modelo de Estado democrático, circunstancia que leva aparelados cambios na institución parlamentaria que hoxe coñecemos.

O exercicio da actividade lexislativa polo Parlamento non debe descoñecer que no momento da súa constitución xorde unha maioría parlamentario-gobernamental (polos votos dun partido maioritario ou polos votos recollidos do consenso de varios partidos políticos), determinando:

- Na práctica, a iniciativa parlamentaria das leis é pouco relevante en relación coa iniciativa governamental.
- Os parlamentarios dos grupos minoritarios na Cámara non adoitan presentar iniciativas lexislativas, centrando o seu labor opositor no procedemento lexislativo, manifestando a súa postura mediante o trámite de emendas.
- O Parlamento, na actualidade, non é a suma dos seus membros considerados individualmente. Os parlamentarios estrutúranse en grupos parlamentarios, que son a imaxe dos partidos políticos no Parlamento.

No Regulamento do Parlamento de Galicia distínguese entre a iniciativa lexislativa governamental e a iniciativa lexislativa non governamental (parlamentaria ou popular).

Na actividade de elaboración de normativa polo Goberno galego (Consello da Xunta), a aplicación á normativa estatal sobre a materia, recollida nos artigos 22 e seguintes da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno (*BOE* núm. 258, do 28 de novembro), ten carácter supletorio e así xa se prevía na STC 15/1989, do 26 de xaneiro. Con todo, nos artigos 6 e seguintes do Decreto 111/1984, do 25 de maio (modificado polo Decreto

57/1994, do 25 de marzo), que regula o réxime interior da Xunta de Galicia, recóllese, de xeito similar ao establecido na normativa estatal, o procedemento da iniciativa lexislativa do Goberno galego (mediante proxectos de lei). Cómpre engadir que o artigo 12 da Lei 50/2010, do 28 de decembro, require da elaboración dunha memoria económica financeira e dun informe da Dirección Xeral de Orzamentos e que o artigo 7 da Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, establece a necesidade de recabar un informe sobre impacto de xénero.

A iniciativa lexislativa popular ten o seu marco xurídico na Lei orgánica 3/1984, do 28 de marzo, reguladora da iniciativa popular, así como na Lei 1/1988, do 18 de xaneiro, de iniciativa lexislativa popular ante o Parlamento de Galicia.

A función lexislativa do Parlamento galego concrétese na iniciativa mediante a presentación de proposicións non de lei e na tramitación das devanditas proposicións e dos proxectos lei presentados polo Goberno galego. O exercicio destas funcións está detalladamente recollido nos artigos 111 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia, podendo sintetizarse do seguinte xeito:

1.- Dos proxectos de lei.

Os proxectos de lei remitidos pola Xunta de Galicia deben ir acompañados dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para se poder pronunciar. A Mesa do Parlamento mandará que se publiquen, que se abra o prazo de emendas e, oída a Xunta de Voceiros, que se tramiten na Comisión correspondente.

Publicado un proxecto de lei, os deputados e os grupos parlamentarios terán un prazo de quince días para presentar emendas. Estas poderán ser á totalidade ou ao articulado. As primeiras versarán sobre a oportunidade, os principios ou o espírito do proxecto lei e postulan a devolución daquel á Xunta, ou as que propoñan un texto completo alternativo ao do proxecto. As emendas ao articulado poderán ser de supresión, modificación ou adición. As emendas a un proxecto de lei que supoñan aumento dos créditos ou mingua dos ingresos orzamentarios requirirán a conformidade da Xunta de Galicia para a súa tramitación.

O debate de totalidade dos proxectos de lei no Pleno procederá cando estiveren presentadas emendas á totalidade. Rematada a deliberación, o presidente someterá a votación as emendas á totalidade defendidas, comezando por aquelas que propoñan a devolución do proxecto á Xunta.

Finalizado o debate de totalidade e acordada a devolución do proxecto á Xunta (ou un texto alternativo), un ou varios relatores redactarán un informe no prazo de quince días. Concluído o informe do relatorio, comezará o debate en Comisión, que se fará artigo por artigo. Durante a discusión dun artigo, a Mesa poderá admitir a trámite novas emendas que se presenten nese momento por escrito por un membro da Comisión, sempre que tendan a alcanzar un acordo por aproximación entre as emendas xa formuladas e o texto do artigo. Tamén se admitirán a trámite emendas que teñan por finalidade reparar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

Coñecido o ditame da Comisión, os grupos parlamentarios e deputados deberán comunicar os votos particulares e as emendas que, despois de seren defendidas e votadas en Comisión e non incorporadas ao ditame, pretendan defender no Pleno. O debate no Pleno comezará pola presentación que do ditame da Comisión faga o presidente desta ou un deputado en quen delegue, por un tempo de dez minutos. A continuación, os grupos parlamentarios disporán sucesivamente dunha rolda de quince minutos para explicar a súa posición sobre o ditame da Comisión e, se é o caso, defender as emendas e os votos particulares non incorporados a este e que oportunamente reservasen. O debate pecharase con outra rolda de cinco minutos para que, sucesivamente, os grupos se definan sobre as emendas e os votos particulares defendidos polos demais.

A Presidencia da Cámara someterá a votación o ditame da Comisión, coas emendas e cos votos particulares que fosen incorporados.

2.- Das proposicións de lei.

As proposicións de lei dos deputados presentaranas acompañadas dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre elas.

Exercida a iniciativa, a Mesa do Parlamento ordenará a publicación da proposición de lei e a súa remisión á Xunta de Galicia, para que manifeste o seu criterio respecto da toma en consideración, así como a súa conformidade ou non á tramitación se implica

aumento dos créditos ou mingua dos ingresos orzamentarios.

Se a Cámara toma en consideración a proposición de lei, a Mesa acordará o seu envío á Comisión competente e a apertura do correspondente prazo de presentación de emendas.

A proposición seguirá o trámite previsto para os proxectos de lei, correspondéndolle a un dos propoñentes ou a un deputado do grupo autor da iniciativa a presentación desta ante o Pleno.

As proposicións de lei e os proxectos de lei conforman o denominado procedemento legislativo ordinario. Dentro dos chamados procedementos legislativos especiais teñen cabida certos modos de aprobación de leis autonómicas referidas a ámbitos materiais concretos ou cualificadas por razón da súa urxencia. Así, nos artigos 126 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia, recóllese a tramitación dos proxectos e das proposicións de lei de desenvolvemento básico do Estatuto de Galicia, da competencia legislativa plena das comisións, da tramitación dun proxecto de lei en lectura única, da reforma do Estatuto de Galicia e do proxecto de Lei de orzamentos. Na práctica política e parlamentaria, os ditos procedementos contan con escaso fundamento, exceptuando os dous últimos. Ademais, no artigo 163 regúlase a elaboración de proposicións de lei que se vaian presentar ante a Mesa do Congreso dos Deputados e a solicitude ao Goberno do Estado da adopción de proxectos de lei (en concordancia co establecido no apartado f) do artigo 10.1º do Estatuto de autonomía de Galicia).

IV.- O CONTROL PARLAMENTARIO DA ACCIÓN DO GOBERNO

Como un contrapeso da acción que o Goberno realiza na execución das leis, o Parlamento exerce unha función de control ordinario (o que se podería denominar a fiscalización da xestión da execución) e un control pola existencia da responsabilidade política do Goberno.

1.- Función de control ordinario

No exercicio desa función que podemos chamar inspectora, os deputados, despois de coñecemento do respectivo grupo parlamentario, terán a facultade de solicitar das administracións públicas os datos, informes ou documentos que consten en poder destas

(artigo 9 do Regulamento da Cámara). Ademais, nos artigos 49 e seguintes da Lei da Xunta e da súa Presidencia concrétase a posibilidade de que os membros da Cámara soliciten axuda e información á Xunta.

Sen dúbida, os denominados debates sobre o Estado da Autonomía (previstos no artigo 48 da Lei reguladora da Xunta e a súa Presidencia) teñen unha gran transcendencia política, xa que son retransmitidos polos medios de comunicación. Así mesmo, téñase en conta que a Xunta de Galicia lle pode remitir ao Parlamento para o seu exame comunicacións, programas, plans e informes, de conformidade co establecido nos artigos 140 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia.

Con todo, as principais vías de información ao Parlamento do actuado polo Goberno galego están conformadas por:

- Comisións de investigación (artigo 52 do Regulamento do Parlamento de Galicia):

O Pleno do Parlamento de Galicia, por proposta da Xunta, da Mesa, de dous grupos parlamentarios ou da quinta parte dos deputados membros da Cámara, poderá acordar a creación dunha Comisión de investigación sobre calquera asunto de interese público. As conclusións destas comisións deberanse plasmar nun ditame que será discutido no Pleno da Cámara. As súas conclusións serán publicadas no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* e comunicadas á Xunta de Galicia, sen prexuízo de que a Mesa do Parlamento lle dea traslado destas ao Ministerio Fiscal para o exercicio, cando proceda, das accións oportunas.

- As interpelacións (artigos 147 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia):

Os deputados e os grupos parlamentarios poderanlles formular por escrito interpelacións á Xunta e a cada un dos seus membros, sobre os motivos ou propósitos da actuación do Executivo ou das consellarías, en materias de política xeral ou cuestións de acentuada importancia.

As interpelacións substanciaranse ante o Pleno, dando lugar a unha rolda de exposición polo autor da interpelación, á contestación da Xunta e á súa respectiva rolda de réplica. Despois da intervención de interpelante e interpelado, poderá facer uso da palabra

un representante de cada grupo parlamentario, agás daquel do que proceda a interpelación.

Toda interpelación poderá dar lugar a unha moción na que a Cámara manifeste a súa posición.

- As preguntas (artigos 152 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia):

Os deputados (pero non os grupos parlamentarios) poderanlles formular por escrito preguntas á Xunta e a cada un dos seus membros, para a súa resposta por escrito ou oralmente (ben en Pleno ou ben na Comisión correspondente).

Cando se pretenda a resposta oral ante o Pleno, tras a concisa formulación da pregunta polo deputado (sen que en ningún caso a formulación da pregunta poida exceder os cinco minutos), contestará a Xunta. Aquel poderá intervir a continuación para replicar ou preguntar, e, tras a nova intervención da Xunta, rematará o debate.

As preguntas para resposta oral en Comisión tramitaranse igual que as de Pleno, coa particularidade de que as primeiras intervencións serán por tempo de dez minutos e as de réplica, de cinco. Poderán comparecer para respondelas os conselleiros, directores xerais ou subdirectores xerais da Administración autonómica.

Concluído un período de sesións, as preguntas orais pendentes tramitaranse como preguntas con resposta por escrito, que serán contestadas antes da iniciación do seguinte período de sesións.

A contestación das preguntas formuladas para a súa resposta pola Xunta de Galicia por escrito deberase realizar dentro dos vinte días seguintes á súa publicación, podéndose prorrogar este prazo por petición motivada da Xunta e por acordo da Mesa do Parlamento por outro prazo de ata vinte días máis.

- As proposicións non de lei (artigos 161 e seguintes do Regulamento do Parlamento de Galicia):

Os grupos parlamentarios poderán presentar por escrito proposicións non de lei a través das cales lle formulen propostas de resolución á Cámara.

Á proposición non de lei poderán presentar emendas os grupos parlamentarios ata

seis horas antes do comezo da sesión do Pleno na que se deba debater. Unha vez concluídas estas intervencións, a proposición, coas emendas aceptadas polo proponente daquela, será sometida a votación.

2.- Control de responsabilidade

Expostas as principais ferramentas dispoñibles polo Parlamento para o control ordinario do Executivo, resta facer unhas notas sobre a función de control exercida mediante a existencia de responsabilidades políticas. Haberá que se referir, pois, á moción de censura e á cuestión de confianza.

- A moción de censura.

Deberá ser proposta, polo menos, pola quinta parte dos deputados en escrito motivado dirixido á Mesa do Parlamento, e terá que incluír un candidato á Presidencia da Xunta. Dentro dos dous días seguintes á presentación da moción de censura, poderanse presentar mocións alternativas que reúnan os requisitos.

O debate iniciárase pola defensa da moción de censura que, sen limitación de tempo, efectúe un dos seus deputados asinantes. A aprobación dunha moción de censura requirirá, en todo caso, o voto favorable da maioría absoluta dos membros do Parlamento. Ningún dos asinantes dunha moción de censura que fose rexeitada poderá asinar outra durante o mesmo período de sesións.

Se prosperase unha moción de censura, a Xunta e o seu Presidente cesarán e o candidato incluído nela entenderase investido da confianza da Cámara.

- Cuestión de confianza.

O presidente da Xunta pode formular por escrito ante o Parlamento a cuestión de confianza sobre o seu programa ou sobre unha declaración política xeral.

O debate desenvolverase con suxeición ás mesmas normas establecidas para o debate de investidura. Concluído este, a cuestión de confianza será sometida a votación. A confianza entenderase outorgada cando obteña o voto da maioría simple dos deputados. En caso de non ser outorgada, a Xunta e o seu presidente cesarán.

V.- O VALEDOR DO POBO

V.1.- Introducción

A Constitución española de 1978 caracterízase por unha completa regulación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, constitucionalizando principios e dereitos de claro contido social, como o dereito a unha vivenda digna ou o dereito a gozar do medio ambiente. Con todo, a transcendencia da Carta Magna non se limita á enumeración dun conxunto de dereitos e liberdades públicas, e o seu verdadeiro alcance está definido polo establecemento dunha serie de instrumentos para facer efectivos os ditos dereitos.

Os instrumentos de protección dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas aos que se aludía no parágrafo anterior poden ser agrupados en tres tipoloxías:

- 1.- Garantías de carácter normativo, integradas pola eficacia directa da Constitución (norma suprema do noso ordenamento xurídico, con preceptos que poden ser alegados ante os tribunais), pola rixidez constitucional (para reformar a Constitución débese seguir un procedemento específico) e pola reserva de lei prevista polo lexislador constituínte (a regulación dos dereitos e liberdades só se pode facer por medio de lei).
- 2.- Garantías de carácter xurisdiccional, conformadas polo recurso de inconstitucionalidade, polo instrumento do *habeas corpus* e pola posibilidade de solicitar a tutela das liberdades e dereitos ante os tribunais ordinarios mediante un procedemento baseado nos principios de preferencia e sumariedade.
- 3.- Garantía de carácter institucional, concretada na figura do Defensor do Pobo.

No artigo 54 CE establécese que unha lei orgánica regulará a institución do Defensor do Pobo, como alto comisionado das Cortes Xerais, designado por estas para a defensa dos dereitos comprendidos no título I (Dos dereitos e deberes fundamentais); para tales efectos, poderá supervisar a actividade da Administración, dando conta ás Cortes Xerais. O dito artigo está desenvolvido pola Lei orgánica 3/1981, do 6 de abril, do Defensor do Pobo (*BOE* núm. 109, do 7 de maio), e pola Lei 36/1985, do 6 de novembro, pola que se regulan as relacións entre a institución do Defensor do Pobo e as figuras similares das diferentes comunidades autónomas (*BOE* núm. 271, do 12 de novembro).

V.2. O Valedor do Pobo

A diferenza do que acontece con outros órganos institucionais (Consello de Contas ou Consello Consultivo), a Constitución non previu un defensor do pobo autonómico. No artigo 14 do Estatuto de autonomía de Galicia indícase que:

"Corresponde á Comunidade Autónoma a creación e organización, mediante lei do seu Parlamento e con respecto á institución do Defensor do Pobo establecida no artigo 54 da Constitución, dun órgano similar que en coordinación con aquela exerza as funcións a que se refire o mencionado artigo e calquera outra que o Parlamento de Galicia lle poida encomendar".

O dito mandato concretouse coa publicación da Lei 6/1984, do 5 de xuño (*BOE* núm. 77, do 30 de marzo de 1985), modificada pola Lei 3/1994, do 18 de xullo (*BOE* núm. 249, do 18 de outubro), pola Lei 1/2002, do 26 de marzo (*BOE* núm. 93, do 18 de abril), pola Lei 8/2008, do 10 de xullo (*DOG* núm. 143, do 24 de xullo), e, finalmente, pola Lei 10/2012, do 3 de agosto (*DOG* num 154, do 13 de agosto). O texto da lei, aínda que seguindo a grandes trazos a Lei orgánica do Defensor do Pobo, procura ensanchar as súas funcións, facendo uso da habilitación contida no artigo 14 do Estatuto de autonomía de Galicia, e afondar no sentido dunha maior eficacia no exercicio das funcións do Valedor do Pobo.

O Valedor do Pobo é o alto comisionado do Parlamento de Galicia (as relacións entre ambas as dúas institucións lévanse a cabo a través da Comisión de Peticións) para a defensa, no ámbito territorial da comunidade autónoma, dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas recoñecidos na Constitución e no Estatuto de autonomía. O Valedor do Pobo poderá supervisar a actividade da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e a dos seus entes e empresas públicas ou dependentes, así como a da Administración local naquelas materias que son competencia da Comunidade Autónoma de Galicia. Neste sentido, case se pode dicir que o Valedor do Pobo é un órgano auxiliar do control que o Parlamento de Galicia realiza do Goberno galego.

Poderá ser elixido Valedor do Pobo calquera cidadán que goce da condición política de galego, se atope en pleno uso dos seus dereitos civís e políticos e coñeza os idiomas oficiais de Galicia. Con todo, está sometido a un intenso réxime de incompatibilidade e,

así, resulta incompatible con todo mandato representativo, cargo político ou actividade de propaganda política, coa permanencia en servizo activo de calquera Administración pública; coa condición de membro de partido político ou co desempeño de funcións directivas nun partido, sindicato, asociación ou fundación, ou co emprego ao servizo destes; co exercicio das carreiras xudicial e fiscal ou de calquera actividade profesional, xudicial, mercantil ou laboral. O Valedor do Pobo será elixido polo Parlamento de Galicia para un período de cinco anos, precisando o apoio das 3/5 partes dos seus membros, desempeñando as súas funcións con autonomía.

Aínda que o Valedor do Pobo non ten facultades resolutivas (xa que só emite recomendacións, consellos ou propostas), dispón dos medios necesarios para exercer as súas funcións de investigación das actuacións administrativas, de mediación ou conciliación, de información ou de promoción de modificacións legais.

O Valedor do Pobo, de oficio ou por instancia de parte, poderá iniciar e proseguir calquera investigación sobre:

- 1.- Os actos e resolucións da Administración pública da comunidade, da Administración local, incluído os seus organismos autónomos, así como as empresas e entes públicos ou participados que dela dependan, no ámbito das competencias que lle corresponden á comunidade.
- 2.- A actividade que realicen os conselleiros e calquera autoridade administrativa, funcionarios e axentes que actúen ao servizo da Administración.

Toda persoa natural ou xurídica que invoque un interese lexítimo poderase dirixir ao Valedor do Pobo sen ningunha restrición nin limitación. A presentación da queixa dirixida ao Valedor do Pobo é gratuíta (e non precisa da asistencia de avogado nin de procurador) e deberá ser formulada, no prazo dun ano, por escrito no que conste a identificación e o enderezo do petionario e se relate o feito que a motiva.

Admitida a trámite unha queixa, o Valedor do Pobo promoverá a oportuna investigación sumaria e informal. En todo caso, informará o organismo ou dependencia administrativa do contido substancial da solicitude, reunindo cantos datos estime pertinentes, que lle terán que ser remitidos no prazo de quince días. A negativa ou descoido de calquera organismo, funcionario ou dos seus superiores responsables ao envío

dos informes solicitados poderá ser considerada polo Valedor do Pobo de Galicia como hostil e entorpecedora das súas funcións, facéndoa pública de inmediato e destacando tal cualificación no seu informe anual ou especial, de ser o caso, ao Parlamento. Tamén porá os ditos feitos en coñecemento do seu superior xerárquico, informando sobre o seu comportamento por se fose susceptible de corrección disciplinaria. Cómpre lembrar que os poderes públicos de Galicia están obrigados a prestar a axuda e a cooperación que lles sexan demandadas polo Valedor do Pobo nas súas investigacións e actuacións.

Como alto comisionado do Parlamento de Galicia, o Valedor do Pobo emitirá un informe anual, dando conta do número de tipos de queixa presentadas; daquelas que foron rexeitadas e as súas causas, así como das que foron obxecto de investigación e o seu resultado, con especificación das suxestións ou consellos admitidos pola Administración pública galega. Nos casos especialmente graves, poderase destacar a persistencia nunha actitude hostil ou entorpecedora ao seu labor de calquera dos organismos, funcionarios ou persoas ao servizo da Administración pública, no seu ámbito de competencias.

BIBLIOGRAFÍA

- Bello Janeiro, D. (director): *Manual de dereito galego* (tomo I), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (coordinador): *Dereito público galego*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1993.
- Sarmiento Méndez, X. A.: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2001.
- García de Enterría, E. (e outros): *Código de la leyes administrativas*, Civitas, Madrid, 2009.
- González-Ares Fernández, J. A., *El Valedor do Pobo, ombudsman de la Comunidad Autónoma de Galicia*, LA LEY 1601/2003.

<http://www.valedordopobo.com/index.php?s=48&l=gl>

<http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regul>

[amento do Parlamento de Galicia.PDF](#)

http://elecciones09.Xunta.es/lexislacion_autonomica_es.html

<http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/Conten>

iDOGal/pargal_II_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1

FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 6

AS COMPETENCIAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA NO ESTATUTO DE AUTONOMÍA: EXCLUSIVAS, CONCORRENTES E DE EXECUCIÓN DA LEXISLACIÓN DO ESTADO

TEMA 6. AS COMPETENCIAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA NO ESTATUTO DE AUTONOMÍA: EXCLUSIVAS, CONCORRENTES E DE EXECUCIÓN DA LEXISLACIÓN DO ESTADO

As competencias da Comunidade Autónoma de Galicia no Estatuto de Autonomía

O título II do Estatuto de Autonomía de Galicia, rotulado “Das competencias de Galicia”, enumera as competencias asumidas pola Comunidade Autónoma de Galicia e regula o réxime xurídico do seu exercicio.

O capítulo I do devandito título, “Das competencias en xeral” (artigos 27 ao 36), enuncia as competencias da Comunidade Autónoma a través de catro listas:

- Competencias exclusivas.
- Competencias de desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación do Estado.
- Competencias de execución da lexislación do Estado.
- Competencias exclusivas de acordo coas bases e a ordenación da actuación económica xeral e a política monetaria do Estado.

Ademais, regúlanse de xeito singular as competencias autonómicas en materias como a educación, a cultura, a sanidade e a Seguridade Social, e os medios de comunicación social.

Tamén se prevé neste capítulo a posibilidade de que a Comunidade Autónoma celebre convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas, en desenvolvemento do artigo 145.2 da Constitución (artigo 35, apartados primeiro e segundo, do Estatuto).

Os convenios teñen por obxecto a xestión e prestación de servizos propios da exclusiva competencia das comunidades autónomas implicadas e a súa celebración debe serlles comunicada, antes da súa entrada en vigor, ás Cortes Xerais. Se nin estas nin

ningunha das súas cámaras manifestan reparos no prazo de trinta días a partir da recepción da comunicación, o convenio entra en vigor; en caso contrario, deberá tramitarse como acordo de cooperación, o que implica a necesidade de obter autorización previa das Cortes Xerais, consonte o artigo 145.2 da Constitución.

Igualmente, prevese a posibilidade de que a Comunidade Autónoma solicite do Goberno da Nación que celebre e lles presente, se procede, ás Cortes Xerais, para a súa autorización, os tratados ou convenios que permitan o establecemento de relacións culturais cos Estados cos que a Comunidade manteña particulares vínculos culturais ou lingüísticos (artigo 35.3 do Estatuto).

Para rematar, o artigo 36 habilita á Comunidade Autónoma para solicitar do Estado a transferencia ou delegación de competencias non asumidas no Estatuto, de conformidade co artigo 150.2 da Constitución, que lle permite ao Estado transferir ou delegar nas comunidades autónomas, mediante lei orgánica, facultades correspondentes a materia de titularidade estatal que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación.

Correspóndelle ao Parlamento de Galicia a competencia para formular as devanditas solicitudes e para determinar o organismo da Comunidade Autónoma a cuxo favor se deberá atribuír en cada caso a competencia transferida ou delegada.

Pola súa banda, o capítulo II, “Do réxime xurídico” (artigos 37 e 38), establece o réxime xurídico do exercicio das competencias autonómicas, o que inclúe:

- O alcance territorial das devanditas competencias, que se entende referido ao territorio da Comunidade Autónoma.
- As funcións e potestades que abranguen.

O Estatuto distingue dous casos, que a posterior xurisprudencia do Tribunal Constitucional matizou nos termos que se expoñerán ao falar de cada tipo de competencia:

- Materias de competencia exclusiva, nas cales lle corresponde ao Parlamento

de Galicia a potestade lexislativa nos termos previstos no Estatuto e nas Leis do Estado ás que este se refire, e á Xunta a potestade regulamentaria e a función executiva.

- Competencias de execución, que levan implícitas a correspondente potestade regulamentaria, a administración e a inspección, aínda que o exercicio desas potestades pola Comunidade Autónoma se realizará consonte as normas regulamentarias de carácter xeral que, en desenvolvemento da súa lexislación, dite o Estado.
- A prevalencia do dereito autonómico sobre calquera outro nas materias de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma.
- A supletoriedade do dereito estatal con respecto ao autonómico.
- A determinación das fontes do dereito civil, na que o Estado respectará as normas do Dereito Civil galego.

Competencias exclusivas

Sobre as competencias exclusivas das comunidades autónomas, a sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010 sinala que son “consustanciais á titularidade de competencias exclusivas o exercicio das potestades lexislativa e regulamentaria, así como o da función executiva, pois, como poder público dotado de autonomía política para o seu autogoberno no marco da Constitución, é evidente que, respectado o límite das competencias reservadas ao Estado, as comunidades autónomas poden ser titulares exclusivas de cantas potestades normativas e actos de execución poidan ter por obxecto a disciplina e ordenación das materias atribuídas á súa exclusiva competencia. Noutras palabras, sendo constitucionalmente posible a asunción autonómica de competencias que se queren exclusivas sobre materias determinadas, ou sobre sectores materiais dunha mesma realidade, é constitucionalmente necesario que con elas se lles atribúa ás comunidades autónomas o exercicio de cantas potestades e facultades esgotan o tratamento normativo da materia ou do sector material sobre os que se proxecta e nos que se realiza a competencia así cualificada” (fundamento xurídico 59).

Agora ben, na mesma sentenza e fundamento xurídico advírtese da “posibilidade de que as competencias exclusivas da Comunidade Autónoma se proxecten sobre sectores da realidade respecto dos que tamén ten competencia exclusiva o Estado”. Así, “as potestades normativas sobre unha mesma materia poden atribuírselles a distintos titulares, de xeito que a exclusividade dunha competencia non é sempre coextensa cunha materia, predicándose en ocasións da concreta potestade ou función que sobre a totalidade ou parte dunha materia se lle atribúe a un titular determinado”.

O artigo 27 do Estatuto enumera ata 31 materias sobre as cales se lle atribúen competencias exclusivas á Comunidade Autónoma de Galicia, pero hai que ter en conta que non en todas elas se produce realmente esa exclusividade competencial, polos motivos antes apuntados:

- Organización das institucións de autogoberno.
- Organización e réxime xurídico das comarcas e parroquias rurais como entidades locais propias de Galicia, alteracións de termos municipais comprendidos dentro do seu territorio e, en xeral, as funcións que sobre o réxime local lle correspondan á Comunidade Autónoma ao abeiro do artigo 149.1.18.º, da Constitución e o seu desenvolvemento.

En realidade, hai que advertir que estas son competencias de desenvolvemento lexislativo e execución, porque o artigo 149.1.18.º da Constitución lle atribúe ao Estado competencia sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas, como son as entidades locais.

- Ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda.
- Conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do Dereito Civil galego.
- As normas procesuais e procedementos administrativos que se deriven do específico dereito galego ou da organización propia dos poderes públicos galegos.

En relación con estas materias, hai que ter en conta que o artigo 149.1.6.º

da Constitución lle atribúe ao Estado competencia sobre lexislación procesual, sen prexuízo das necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das comunidades autónomas; e o artigo 149.1.18.º faíno sobre o procedemento administrativo común, sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia das comunidades autónomas.

- Estatística para os fins da Comunidade Autónoma galega.
- Obras públicas que non teñan a cualificación legal de interese xeral do Estado ou cuxa execución ou explotación non afecte a outra comunidade autónoma ou provincia.

Ao Estado correspóndelle, segundo o artigo 149.1.24.º da Constitución, a competencia exclusiva sobre obras públicas de interese xeral ou cuxa realización afecte a máis dunha comunidade autónoma.

- Ferrocarrís e estradas non incorporados á rede do Estado e cuxo itinerario se desenvolva integramente no territorio da Comunidade Autónoma e, nos mesmos termos, o transporte levado a cabo por estes medios ou por cable.

Ao Estado correspóndelle, segundo o artigo 149.1.21.º da Constitución, a competencia exclusiva sobre ferrocarrís e transportes terrestres que transcorran polo territorio de máis dunha comunidade autónoma.

- Os portos, aeroportos e heliportos non cualificados de interese xeral polo Estado e os portos de refuxio e portos e aeroportos deportivos.

Ao Estado correspóndelle, segundo o artigo 149.1.20.º da Constitución, a competencia exclusiva sobre os portos e aeroportos de interese xeral.

- Montes, aproveitamentos forestais, vías pecuarias e pastos, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.23.º da Constitución.

En realidade, é unha competencia de desenvolvemento lexislativo e execución, xa que ese precepto constitucional lle atribúe ao Estado competencia sobre a lexislación básica de montes, aproveitamentos forestais e vías pecuarias.

- Réxime xurídico dos montes veciñais en man común. É preciso aplicar o mesmo matiz que no caso anterior.
- Aproveitamentos hidráulicos, canles e regadíos cando as augas discorran integramente dentro do territorio da Comunidade, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22.º da Constitución.

Segundo o devandito precepto constitucional, correspóndenlle ao Estado a lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos cando as augas discorran por máis dunha comunidade autónoma, e a autorización das instalacións eléctricas cando o seu aproveitamento afecte a outra comunidade ou o transporte de enerxía saia do seu ámbito territorial.

- Instalacións de produción, distribución e transporte de enerxía eléctrica cando este transporte non saia do seu territorio e o seu aproveitamento non afecte a outra provincia ou comunidade autónoma, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22.º e 25.º da Constitución.

En particular, este último precepto constitucional atribúelle ao Estado a competencia sobre as bases do réxime mineiro e enerxético.

- As augas minerais e termais. As augas subterráneas, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22.º da Constitución.

Cómpre lembrar que a Comunidade Autónoma só ten competencias sobre os aproveitamentos hidráulicos cando as augas discorren integramente polo seu territorio e, tocante ás augas minerais e termais, o Estado é competente sobre as bases do réxime mineiro e enerxético.

- A pesca nas rías e demais augas interiores, o marisqueo, a acuicultura, a caza, a pesca fluvial e lacustre.
- As feiras e mercados interiores.
- A artesanía.

- Patrimonio histórico, artístico, arquitectónico, arqueolóxico, de interese de Galicia, sen prexuízo do que dispón o artigo 149.1.28.º da Constitución; arquivos, bibliotecas e museos de interese para a Comunidade Autónoma, e que non sexan de titularidade estatal; conservatorios de música e servizos de belas artes de interese para a Comunidade.

Segundo o artigo 149.1.28.º da Constitución, correspóndelle ao Estado a defensa do patrimonio cultural, artístico e monumental español contra a exportación e a espoliación, así como os museos, bibliotecas e arquivos de titularidade estatal, sen prexuízo da súa xestión por parte das comunidades autónomas.

- O fomento da cultura e da investigación en Galicia, sen prexuízo do establecido no artigo 149.2 da Constitución. O artigo 32 do Estatuto engade que lle corresponden á Comunidade Autónoma a defensa e promoción dos valores culturais do pobo galego.

En realidade, son competencias concorrentes co Estado, porque o artigo 149.2 da Constitución establece que, sen prexuízo das competencias que poderán asumir as comunidades autónomas, o Estado considerará o servizo da cultura como deber e atribución esencial e facilitará a comunicación cultural entre as comunidades autónomas, de acordo con elas.

- A promoción e o ensino da lingua galega.
- A promoción e a ordenación do turismo dentro da Comunidade.
- A promoción do deporte e a axeitada utilización do lecer.
- Asistencia social.
- A promoción do desenvolvemento comunitario.
- A creación dunha Policía Autónoma, de acordo co que dispoña a lei orgánica prevista no artigo 149.1.29.º da Constitución.

Este último precepto atribúelle ao Estado competencia exclusiva sobre seguridade pública, pero sen prexuízo da posibilidade de creación de policía polas comunidades autónomas na forma que se estableza nos respectivos estatutos no marco do que dispoña unha lei orgánica.

- O réxime das fundacións de interese galego.
- Casinos, xogos e apostas, con exclusión das Apostas Mutuas Deportivo-Benéficas.
- Os centros de contratación de mercancías e valores de conformidade coas normas xerais de dereito mercantil.

A lexislación mercantil é competencia do Estado, de acordo co artigo 149.1.6.º da Constitución.

- Confrarías de Pescadores, Cámaras da Propiedade, Agrarias, de Comercio, Industria e Navegación e outras de natureza equivalente, sen prexuízo do que dispón o artigo 149 da Constitución.

En realidade, trátase dunha competencia de desenvolvemento lexislativo e execución, xa que o artigo 149.1.18.º da Constitución lle atribúe ao Estado competencia sobre as bases do réxime xurídico das administracións públicas, entre as que se inclúen as citadas entidades.

- Normas adicionais sobre protección do medio natural e da paisaxe nos termos do artigo 149.1.23.º.

Esta competencia é tamén de desenvolvemento lexislativo e execución, porque ese precepto constitucional lle atribúe ao Estado competencia sobre lexislación básica sobre protección do medio natural.

- Publicidade, sen prexuízo das normas ditadas polo Estado para sectores e medios específicos.

Ademais, algunhas das competencias de carácter económico contempladas polo artigo 30.1 do Estatuto son tamén exclusivas da Comunidade Autónoma, aínda que se

poidan ver afectadas pola competencia “horizontal” que o artigo 149.1.13.º da Constitución lle atribúe ao Estado sobre as bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica:

- Fomento e planificación da actividade económica en Galicia.
- Industria, sen prexuízo do que determinen as normas do Estado por razóns de seguridade, sanitarias ou de interese militar e as normas relacionadas coas industrias que estean suxeitas á lexislación de minas, hidrocarburos e enerxía nuclear. Queda reservada á competencia exclusiva do Estado a autorización para transferencia de tecnoloxía estranxeira.
- Agricultura e gandería.
- Comercio interior, defensa do consumidor e do usuario, sen prexuízo da política xeral de prezos e da lexislación sobre a defensa da competencia.
- Denominacións de orixe en colaboración co Estado.
- Institucións de crédito corporativo, público e territorial e caixas de aforro.

En realidade, esta é unha competencia de desenvolvemento lexislativo e execución, xa que o artigo 149.1.11.º lle atribúe ao Estado competencia sobre as bases da ordenación do crédito, banca e seguros.

- Sector público económico de Galicia, en canto non estea contemplado por outras normas deste Estatuto.

Competencias concorrentes

Sinala o Tribunal Constitucional na súa sentenza 31/2010 que “a previsión de que o Estado e as comunidades autónomas poidan compartir un ámbito material determinado no exercicio de diferentes potestades e funcións é unha das características típicas do modelo territorial do Estado autonómico. O concurso das devanditas potestades e funcións sobre unha mesma materia ordénase na Constitución, en termos de principio, ben atribuíndolle ao Estado central a competencia lexislativa e permitindo a atribución ás comunidades

autónomas das competencias de execución, ben confiándolle ao primeiro o establecemento de normas legais básicas e facendo posible que as comunidades autónomas desenvolvan lexislativamente esas bases e sexan titulares das correspondentes potestades de regulamentación e execución da legalidade desenvolvida” (fundamento xurídico 60).

En particular, no tocante aos supostos nos que ao Estado se lle atribúe o establecemento da lexislación básica, e á Comunidade Autónoma o desenvolvemento lexislativo desas bases e a execución, o Tribunal sinala na mesma sentenza e fundamento xurídico que, aínda que as bases estatais se deben fixar como regra xeral en normas con rango de lei, “tamén é posible predicar o carácter básico de normas regulamentarias e de actos de execución do Estado (STC 235/1999, do 16 de decembro), e son factibles nas bases un alcance diferente en función do subsector da materia sobre a que se proxecten e ata sobre o territorio (SSTC 50/1990, do 6 de abril e 147/1991, do 4 de xullo, respectivamente)”.

Así mesmo, o Tribunal recorda o “carácter mudable” das bases, pois o Estado goza dunha ampla discrecionalidade para determinar o seu alcance en cada caso concreto, co único límite de que non poden ter tal extensión que non deixen espazo para o desenvolvemento lexislativo autonómico.

O artigo 28 do Estatuto de Autonomía enuncia unha serie de materias sobre as cales lle atribúe á Comunidade Autónoma competencias que cualifica expresamente de desenvolvemento lexislativo e execución de bases estatais:

- Réxime xurídico da Administración Pública de Galicia e réxime estatutario dos seus funcionarios.

Ao Estado correspóndenlle nestas materias, segundo o artigo 149.1.18.º da Constitución, as bases do réxime xurídico das administracións públicas e do réxime estatutario dos seus funcionarios que, en todo caso, lles garantirán aos administrados un tratamento común ante elas.

- Expropiación forzosa, contratos e concesións administrativas no ámbito das

competencias propias da Comunidade Autónoma.

A lexislación sobre expropiación forzosa é, en realidade, integramente de competencia estatal, segundo o artigo 149.1.18.º da Constitución.

- Réxime mineiro e enerxético.

O artigo 149.1.25.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia sobre as bases desta materia.

- Reserva ao sector público de recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio e intervención de empresas cando o esixa o interese xeral, prevista polo artigo 128.2 da Constitución.

O artigo 149.1 non lle atribúe expresamente ao Estado competencia sobre as bases desta materia.

- Ordenación do sector pesqueiro.

Ao Estado correspóndelle a competencia exclusiva sobre pesca marítima segundo o artigo 149.1.19.º da Constitución, pero sen prexuízo das competencias que na ordenación do sector se lles atribúan ás comunidades autónomas.

- Portos pesqueiros.

O artigo 149.1 da Constitución non lle atribúe expresamente ao Estado competencia sobre as bases desta materia.

- Entidades cooperativas.

O artigo 149.1 da Constitución non lle atribúe expresamente ao Estado competencia sobre as bases desta materia.

- Establecementos farmacéuticos.

O artigo 149.1 da Constitución non lle atribúe expresamente ao Estado competencia sobre as bases desta materia.

O artigo 30.1 engade que é competencia da Comunidade Autónoma o desenvolvemento e execución en Galicia de:

- Plans establecidos polo Estado para a reestruturación de sectores económicos.
- Programas xenéricos para Galicia estimuladores da ampliación de actividades produtivas e implantación de novas empresas.
- Programas de actuación referidos a comarcas deprimidas ou en crise.

Tamén se pode considerar de desenvolvemento lexislativo e execución a competencia “plena” da Comunidade Autónoma galega para a regulación e administración do ensino en toda a súa extensión, niveis e graos, modalidades e especialidades, á vista das facultades que lle atribúe ao Estado o artigo 149.1.30.º da Constitución para regular as condicións de obtención, expedición e homologación de títulos académicos e profesionais e ditar normas básicas para o desenvolvemento do artigo 27 da Constitución, a fin de garantir o cumprimento das obrigas dos poderes públicos nesta materia.

Finalmente, os artigos 33 e 34 do Estatuto enuncian outra serie de materias sobre as que lle atribúen á Comunidade Autónoma competencias de desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación básica estatal:

- Sanidade interior.

O artigo 149.1.16.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia sobre as bases e coordinación xeral da sanidade.

- Seguridade Social, agás as normas que configuran o réxime económico da mesma.

O artigo 149.1.17.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia sobre lexislación básica e réxime económico da Seguridade Social, sen prexuízo da execución dos seus servizos polas comunidades autónomas.

- Réxime de radiodifusión, televisión, prensa e, en xeral, de todos os medios de comunicación social.

O artigo 149.1.27.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia para ditar as normas básicas do réxime de prensa, radio e televisión e, en xeral, de todos os medios de comunicación social, sen prexuízo das facultades que no seu desenvolvemento e execución lles correspondan ás comunidades autónomas.

Competencias de execución da lexislación do Estado

Verbo da atribución ás comunidades autónomas de competencias de execución da lexislación do Estado, a sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010 reafirmou “a doutrina constitucional que tradicionalmente incluíu no concepto «lexislación», cando se predica do Estado, a potestade regulamentaria executiva (STC 196/1997, do 13 de novembro), pois na referencia á «normativa do Estado» se comprenden con naturalidade as normas estatais adoptadas en exercicio da potestade regulamentaria, ademais das que son resultado da potestade lexislativa do Estado” (fundamento xurídico 61).

Pola súa banda, a competencia executiva autonómica comprende a función executiva *stricto sensu*, é dicir, a aplicación administrativa das normas estatais, así como “unha competencia normativa de carácter funcional da que resulten regulamentos internos de organización dos servizos necesarios para a execución e de regulación da propia competencia funcional de execución e do conxunto de actuacións precisas para a posta en práctica da normativa estatal (STC 51/2006, do 16 de febreiro, FX 4)... limitada á emanación de regulamentos de organización interna e de ordenación funcional da competencia executiva autonómica” (mesma sentenza e fundamento xurídico).

O artigo 29 do Estatuto atribúelle á Comunidade Autónoma competencias de execución da lexislación estatal nas seguintes materias:

- Laboral, aínda que o Estado se reserva todas as competencias en materia de migracións interiores e exteriores, fondos de ámbito nacional e de emprego, sen prexuízo do que establezan as normas do Estado sobre estas materias.

O artigo 149.1.7.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia exclusiva sobre lexislación laboral, sen prexuízo da súa execución polos órganos das comunidades autónomas.

- Propiedade industrial e intelectual.

O artigo 149.1.9.º da Constitución atribúelle ao Estado competencia exclusiva sobre lexislación sobre propiedade industrial e intelectual.

- Salvamento marítimo.

Esta competencia de execución non se corresponde con ningunha competencia lexislativa atribuída expresamente ao Estado polo artigo 149.1 da Constitución.

- Verteduras industriais e contaminantes nas augas territoriais do Estado correspondentes ao litoral galego.

Esta competencia de execución non se corresponde con ningunha competencia lexislativa atribuída expresamente ao Estado polo artigo 149.1 da Constitución, aínda que ten relación coa competencia estatal para ditar a lexislación básica sobre protección do medio natural, recollida no artigo 149.1.23.º.

Tamén son competencias de execución da lexislación estatal as que o artigo 33 do Estatuto lle atribúe á Comunidade Autónoma en relación coa xestión do réxime económico da Seguridade Social en Galicia, sen prexuízo da caixa única, e os produtos farmacéuticos.

Cómpre lembrar a este respecto que o artigo 149.1.17.º da Constitución lle atribúe ao Estado competencia sobre lexislación básica e réxime económico da Seguridade Social, sen prexuízo da execución dos seus servizos polas comunidades autónomas; así mesmo, o Estado ostenta a competencia exclusiva sobre lexislación sobre produtos farmacéuticos, de acordo co artigo 149.1.16.º da Constitución.

LUIS MÍGUEZ MACHO

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia, dirixidos por José Luís Carro Fernández-Valmayor, MAP, Madrid, 1991.

MEILÁN GIL, Xosé Luís, e RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, *O Dereito Estatutario Galego*, Parlamento de Galicia, Santiago de Compostela, 1988.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *O Dereito Público de Galicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.

TEMA 7

AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DO RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. A ADMINISTRACIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA. A SÚA ORGANIZACIÓN. AS DELEGACIÓNS DE GALICIA NO EXTERIOR

TEMA 7. AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DO RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. A ADMINISTRACIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA GALEGA. A SÚA ORGANIZACIÓN. AS DELEGACIÓNS DE GALICIA NO EXTERIOR

1. AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DO RÉXIME XURÍDICO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

1.1. A creación de administracións públicas propias das comunidades

autónomas

A Constitución de 1978 proclamou o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións, e posibilitou así a aparición dunha nova modalidade de administración pública. Desta forma, hoxe todas as comunidades autónomas dispoñen da súa propia organización administrativa, encargada da xestión das competencias que teñen atribuídas na Constitución e nos respectivos estatutos de autonomía.

O artigo 148.1.1 da Constitución habilitou todas as comunidades autónomas para crear unha administración pública propia, ao prever a posibilidade de que estas asumisen nos seus estatutos competencia exclusiva sobre "A organización das súas institucións de autogoberno", como contido esencial do propio concepto de autonomía. En calquera caso, as formas de organización da administración pública de cada comunidade autónoma deben respectar os principios xerais e as normas básicas do Estado.

Existe unanimidade en sinalar que a Constitución foi excesivamente parca nesta materia, xa que se limita a esbozar as bases mínimas do sistema organizativo autonómico. Así o artigo 152, referido especificamente ás rexións do artigo 151, pero ampliado hoxe xa a todas as comunidades autónomas, establece que "Nos estatutos aprobados polo procedemento a que se refire o artigo anterior, a organización institucional autonómica basearase nunha asemblea lexislativa, elixida por sufraxio universal (...); un consello de goberno con funcións executivas e administrativas e un presidente, elixido pola asemblea, de entre os seus membros, e nomeado polo rei, ao que lle corresponde a dirección do consello de goberno, a suprema representación da respectiva comunidade e a ordinaria do Estado

naquela. O presidente e os membros do consello de goberno serán politicamente responsables ante a asemblea. Un tribunal superior de xustiza (...), culminará a organización xudicial no ámbito territorial da comunidade autónoma (...)."

Pola súa banda, o artigo 147.2, establece, como manifestación da potestade de autoorganización, esencial a toda autonomía, que "Os estatutos de autonomía deberán conter: (...) c) A denominación, a organización e a sede das institucións autónomas propias".

As formas de organización de cada comunidade autónoma e da súa respectiva administración son propias de cada unha delas, aínda que existe unha notable semellanza entre todas e entre estas e a Administración xeral do Estado, que en certa medida serviu como modelo e referente inicial. Así, todas as comunidades autónomas, como órganos superiores, ademais dun presidente e, se é o caso, os vicepresidentes, contan con xefes dos distintos departamentos en número variable, dependendo das distintas áreas entre as que se reparte a xestión administrativa. A departamentalización é así a forma máis xeneralizada, caracterizada pola división ou especialización da organización en áreas ou departamentos, e cada un ten asignadas tarefas propias.

Cada consellería está integrada, pola súa vez, por outras unidades menores. Así, por baixo desta e baixo a súa dependencia xerárquica, existe un segundo nivel, no que se atopan as secretarías xerais técnicas, como órganos de apoio que, ademais, centralizan a xestión administrativa interna. Neste mesmo nivel, froito da especialización funcional, existen tamén diferentes centros directivos, que se ocupan dun ramo ou sector de competencias propias da consellería.

Dentro de cada consellería ou dependendo directamente da presidencia, segundo os casos, existen tamén divisións territoriais, que coinciden normalmente coa división provincial, á fronte das que existe un delegado que se ocupa de xestionar as competencias, ben dunha consellería ou ben do conxunto da comunidade autónoma, nun determinado territorio.

Este é o esquema básico practicamente común a todas as administracións autonómicas, aínda que nalgún caso a esa estrutura engádenselle niveis intermedios (viceconselleiros, por exemplo) ou órganos de asistencia e apoio (gabinetes). Incluso esa

estrutura esencial chega a variar cando se trata de organismos autónomos ou entes públicos dependentes da respectiva consellería.

Hai que considerar tamén que, xunto aos “órganos activos”, existe tamén unha administración consultiva, composta por consellos especializados en materia económico-social, laboral ou xurídica.

1.2. As bases do réxime xurídico das administracións públicas

A Constitución española consagra a uniformidade da normativa administrativa básica e encomenda particularmente esa tarefa unificadora ao Estado cando no seu artigo 149.1.18 lle atribúe a competencia para determinar “as bases do réxime xurídico das administracións públicas e do réxime estatutario dos seus funcionarios que, en todo caso, lle garantirán aos administrados un tratamento común ante elas; o procedemento administrativo común, sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia das comunidades autónomas; lexislación sobre expropiación forzosa; lexislación básica sobre contratos e concesións administrativas e o sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas”.

O Tribunal constitucional foi quen delimitou o concepto de bases do réxime xurídico das administracións públicas ao que se refire o artigo 149.1.18. O pronunciamento máis relevante neste sentido é o da sentenza 32/81, do 28 de xullo, sobre unha lei catalá que regulaba a transferencia das deputacións á Generalitat. A sentenza comeza por recoñecer que “(...) non será sempre fácil a determinación de que é o que deba entenderse por regulación das condicións básicas ou establecemento das bases do réxime xurídico e parece imposible a definición precisa e apriorística dese concepto”. Dito sinteticamente, a sentenza rexeita tanto o concepto restritivo como o amplo das bases, ao sinalar que estas non se limitan ao procedemento e réxime de recursos, nin pode dicirse tampouco que abarcan todo o procedemento administrativo. Establece que o Estado é competente para fixar as bases do réxime xurídico das administracións públicas, no sentido de garantir a vixencia de criterios comúns para todas as administracións. Desta forma, considera que respectando esas condicións básicas, as comunidades autónomas poderán legislar libremente.

A garantía constitucional que implica a existencia dos devanditos criterios comúns,

entende a sentenza, é de carácter xeral e configuradora, polo tanto, dun modelo de Estado. Iso conduce, como consecuencia obrigada, a entender que lle corresponde a este, a fixación de principios ou criterios básicos en materia de organización e competencia de xeral aplicación en todo o Estado.

Ao mesmo tempo, considera o Tribunal Constitucional que a fixación destas condicións básicas non pode implicar en ningún caso o establecemento dun réxime uniforme para todas as entidades locais de todo o Estado, senón que debe permitir opcións diversas, afirmación esta que permite contemplar por parte das comunidades autónomas, na súa regulación, as peculiaridades que a cada unha lle son propias.

A través de diferentes pronunciamentos do Tribunal Constitucional, púidose chegar a unha certa enumeración do que poidan ser consideradas as bases do réxime xurídico das administracións públicas, de acordo co artigo 149.1.18 da CE. Así se poden citar, entre outras:

- A regulación das relacións entre administracións, así como as transferencias ou delegacións administrativas a favor das deputacións provinciais, e a coordinación e control da actividade das entidades locais.
- A determinación da organización e das competencias das entidades que integran a Administración local.
- A regulación das eleccións locais.
- As relacións entre o Estado e as facendas das entidades locais.
- Personalidade das administracións públicas, constitución e funcionamento e as súas regras de actuación.
- Regulación e réxime xurídico das universidades.
- Regulación da Administración electoral.

No Estatuto de autonomía de Galicia contéplase como de competencia exclusiva da comunidade autónoma as normas sobre procedemento administrativo que se deriven do

específico Dereito galego –entendendo por tal aquel referido ás normas que emanen do Parlamento ou do Goberno de Galicia– ou dos poderes públicos galegos, é dicir, normas sobre procedemento para a creación de órganos administrativos e sobre a súa organización e funcionamento.

Por outra banda, considera como competencia de desenvolvemento legislativo e de execución da lexislación do Estado o réxime xurídico da Administración pública de Galicia e réxime estatutario dos seus funcionarios e materias como a expropiación forzosa e os contratos e concesións administrativas só no ámbito de competencias propias da comunidade autónoma, xa que nas materias de competencia estatal neses mesmos supostos aplicárase integramente a normativa legal e regulamentaria do Estado.

1.3. Principios básicos de actuación das administracións públicas

O conxunto das administracións públicas están rexidas polos mesmos principios básicos que o texto constitucional enuncia e que integran o seu réxime xurídico.

Así, por unha banda, os xerais, como son os de legalidade, xerarquía normativa, publicidade das normas, irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais, seguridade xurídica, responsabilidade e interdicción da arbitrariedade.

Doutra banda, os principios máis específicos de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación (artigo 103 CE).

En Galicia foi primeiramente a Lei 1/83, da Xunta e a súa Presidencia, a que recolleu os ditos principios. Máis recentemente, a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, sinala no seu artigo 4.3 como principios que se deben observar na súa organización os de xerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, eficacia e eficiencia, simplificación, claridade, boa fe, imparcialidade, confianza lexítima e proximidade aos cidadáns.

A Constitución, no seu título IV, garante así mesmo o sometemento pleno da actividade das administracións públicas á lei e ao dereito tanto no que respecta ás normas que rexen a súa propia organización, como ao seu réxime xurídico, ao procedemento

administrativo e ao sistema de responsabilidade patrimonial das administracións públicas

Posteriormente, a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, materializou o devandito principio constitucional mediante a adaptación normativa do réxime xurídico das administracións. A esta sucedéronlle as leis 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e 40/2015, tamén do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

A delimitación do réxime xurídico das administracións englobase no esquema «bases máis desenvolvemento» que lles permite ás comunidades autónomas ditar as súas propias normas de réxime xurídico sempre que se axusten ás bases estatais, agora contidas na Lei 40/2015. Non é así en cambio, respecto do procedemento administrativo común e ao sistema de responsabilidade das administracións públicas, pois aínda que ambas as materias son, na súa formulación xurídica, manifestación expresa da aplicación do réxime xurídico, a Constitución, con todo, contémplaas como unha competencia normativa plena e exclusiva do Estado.

Así, a Lei 39/2015 recolle a concepción constitucional de distribución de competencias e regula o procedemento administrativo común, de aplicación xeral a todas as administracións públicas, e fixa as garantías mínimas dos cidadáns respecto da actividade administrativa. Esta regulación, con todo, non esgota as competencias estatais ou autonómicas para establecer procedementos específicos *ratione materiae*, que deberán respectar, en todo caso, as aludidas garantías. Como establece o artigo 1.2 da devandita lei, “só mediante lei, cando resulte eficaz, proporcionado e necesario para a consecución dos fins propios do procedemento, e de maneira motivada, poderán incluírse trámites adicionais ou distintos aos contemplados nesta lei. Regulamentariamente poderán establecerse especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do concreto procedemento por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que se deben solicitar”.

A Constitución determina a competencia das comunidades autónomas para establecer as especialidades derivadas da súa propia organización pero, engadidamente,

segundo estableceu o Tribunal Constitucional, como non se pode dissociar a norma substantiva da norma de procedemento, aquelas poden ditar normas de procedemento que sexan necesarias para a aplicación do seu dereito substantivo. En definitiva, desta maneira o Estado ten competencia non sobre todo procedemento senón só sobre aquel que deba ser común.

En todo caso, hai que dicir que a regulación dos procedementos propios das comunidades autónomas haberán de respectar sempre as regras do procedemento que, por ser competencia exclusiva do Estado, integran o concepto de procedemento administrativo común.

Pola súa banda a Lei 12/1983, do 14 de outubro, do proceso autonómico, froito da adaptación constitucional da no seu día polémica LOAPA, estableceu no seu artigo 12, respecto do réxime xurídico das comunidades autónomas, que:

“1. Será de aplicación á administración das comunidades autónomas e aos organismos que dela dependan a lexislación do Estado sobre o procedemento administrativo común, sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia daquelas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por unha lei da respectiva comunidade autónoma, sen que en ningún caso poidan reducirse as garantías que establece a lexislación estatal en favor do administrado.

2. Tamén lle será de aplicación á administración das comunidades autónomas a lexislación sobre expropiación forzosa e sobre o sistema de responsabilidade patrimonial da Administración. A competencia legislativa das comunidades autónomas sobre contratos e concesións administrativas axustarase á lexislación básica do Estado.

3. Non obstante o establecido no apartado anterior, nos supostos en que lles corresponda ás comunidades autónomas o desenvolvemento legislativo e a execución da lexislación básica do Estado nas referidas materias, estarase ao disposto na Constitución e nos respectivos estatutos”.

2. A ADMINISTRACIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

O Estatuto de autonomía para Galicia regula esta materia no seu título III, "Da

Administración Pública Galega", que no seu artigo 39 recolle como primeira e principal declaración a de que "lle corresponde á comunidade autónoma a creación e estruturación da súa propia administración pública, dentro dos principios xerais e normas básicas do Estado".

Por outra banda e a este respecto, no seu artigo 41 dispuxo tamén que "A comunidade autónoma exercerá as súas funcións administrativas por órganos e entes dependentes da Xunta de Galicia".

Desta maneira é como, nun primeiro momento, ao amparo do Estatuto, e polo impulso resultante das transferencias de servizos procedentes do Estado, foi xurdindo o aparato administrativo da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxo bloque de competencias administrativas aparecen organizativamente sectorializadas.

As bases do réxime xurídico e a organización da administración pública galega, nos seus inicios e nun período posterior, foron esencialmente recollidas no propio Estatuto de autonomía (títulos III e IV), na Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia, xa citada, na Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, de modificación da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. É necesario citar tamén o Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia de 1984, aprobado polo Decreto 111/1984, do 25 maio.

Con independencia do Estatuto de autonomía, máis recentemente, e como norma reitora da organización e o réxime xurídico da Administración galega na actualidade, hai que citar a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, que recolle, ademais dos devanditos aspectos, os referidos á regulación do exercicio da potestade regulamentaria e do procedemento de elaboración de regulamentos.

Esta lei constitúe un paso moi importante na definición legal da organización da Administración galega, tendo en conta que ata entón a lexislación sobre a materia constituía un conxunto de disposicións dispersas, parciais en canto ao seu contido e asistemáticas; polo tanto, de xeito evidente insuficiente, en relación co que se precisaba para contemplar as vixentes necesidades da comunidade autónoma, plenamente consolidada na súa

organización administrativa.

A nova lei achega así un marco normativo completo no que se refire á organización da Administración galega e, ademais, en particular, clarifica a tipoloxía de entidades públicas que conforman o sector público galego, ata entón confusa e contraditoria.

Deste xeito, o conxunto das normas anteriormente referidas, e as de organización e estrutura que ao seu amparo se ditaron con posterioridade, determinan as características esenciais da Administración galega na actualidade.

A Lei 16/2010 no seu preámbulo esboza o que pode considerarse unha definición da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, cando sinala que “para o exercicio do poder executivo, a Xunta e o seu presidente ou presidenta (...) contan cunha estrutura administrativa organizativa para canalizar as súas decisións e que estas se realicen conforme á legalidade. Esa estrutura organizativa, dirixida pola Xunta e a persoa titular da súa Presidencia, e dotada toda ela de personalidade xurídica única, é a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (...)”.

Tamén o propio preámbulo refire a este respecto que “Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia é o nome que recibe a persoa xurídica pública na que se integra a Xunta de Galicia (...)”.

A lei completa o marco que compón o conxunto da Administración galega, sinalando que “ao redor da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia aparecen toda unha serie de entidades de distinta natureza xurídica (...) que complementan ou coadxuvan, xunto coas demais institucións galegas, á satisfacción dos intereses xerais (...)”.

En definitiva, a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, xunto cos entes instrumentais, antes referidos, constitúen o que se denomina “sector público autonómico”.

En particular, polo que á presente epígrafe interesa, os trazos xerais característicos da Administración xeral de Galicia son contemplados polo artigo 2 da Lei cando sinala que “1. A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, constituída por órganos xerarquicamente ordenados e dirixida pola Xunta, actúa con personalidade xurídica única. 2.

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia desenvolve funcións executivas de carácter administrativo, e realiza as tarefas en que se concreta o exercicio da acción de goberno”.

3. A SÚA ORGANIZACIÓN

3.1. Marco xeral

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, como dixemos, aparece sectorialmente organizada segundo as diferentes áreas de actividade pública, repartidas entre órganos dun mesmo nivel xerárquico, denominados consellerías e dirixidas por un membro do Goberno, titular da xestión da devandita área.

Existen dentro da Administración órganos centrais, que exercen a súa competencia en todo o ámbito territorial da comunidade autónoma, cuxo exemplo máis significativo son os órganos superiores.

Existen tamén órganos territoriais que só a exercen con relación a unha parte do territorio. A súa representación máis xenuína son os departamentos ou delegacións territoriais da Xunta de Galicia, adscritas organicamente á Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, con nivel orgánico de dirección xeral (A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra e Vigo).

Excepcionalmente, poden existir tamén órganos que exerzan a súa competencia fóra do territorio da comunidade autónoma e mesmo fóra do territorio estatal, como é o caso das delegacións no exterior.

Dentro dos órganos centrais e como órganos superiores da Xunta de Galicia contémplanse: a presidencia, a vicepresidencia ou vicepresidencias –se é o caso– as consellerías e as secretarías xerais, órganos todos eles aos que, en xeral, estalles encomendado establecer os plans de actuación da organización situada baixo a súa responsabilidade.

Esta última organización, nun segundo plano da estrutura piramidal, está composta polos denominados órganos de dirección que son as secretarías xerais técnicas, as direccións

xerais e equivalentes, as vicesecretarías xerais, as subdireccións xerais, as delegacións territoriais, as secretarías territoriais e as xefaturas territoriais. Todas elas teñen como misión xeral o desenvolvemento e execución dos plans de actuación establecidos polos órganos superiores.

Dentro da Administración xeral de Galicia pódense encadrar tamén os órganos superiores consultivos, que están dotados en moitos casos de autonomía orgánica e funcional respecto da Administración na que se encadran. Entre eles podemos citar como máis significativos o Consello Consultivo de Galicia, en canto superior órgano consultivo en materia xurídica, da Xunta de Galicia, ou o Consello Económico e Social.

A Xunta, en canto órgano colexiado de Goberno de Galicia ten atribuída, ademais da dirección política, a superior dirección da Administración autonómica, facendo uso para iso, segundo o artigo 37.2 do Estatuto, da función executiva, que comprende dentro dela a potestade regulamentaria, a administración e a inspección.

A Xunta, de acordo co artigo 4 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia, ten, entre outras, como atribucións máis relevantes, as seguintes:

- Establecer as directrices e desenvolver o programa de goberno.
- Elaborar os orzamentos da comunidade autónoma, remitirlos ao Parlamento para a súa aprobación.
- Aprobar os proxectos de lei para a súa remisión ao Parlamento e acordar, se é o caso, a súa retirada.
- Aprobar os regulamentos para o desenvolvemento e 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.
- Aprobar e remitirle ao Parlamento os proxectos de convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas para a ratificación ou aprobación, se é o caso.

- Acordar a interposición de recursos de inconstitucionalidade, así como o presentarse nas cuestións de inconstitucionalidade que lle afecten a Galicia e a formulación de conflitos de competencias ante o Tribunal Constitucional.
- Resolver os recursos en vía administrativa nos casos previstos polas leis.
- Resolver os conflitos de atribucións que se susciten entre as diversas consellerías.
- Nomear e destituír, a proposta de quen ostente a titularidade das consellerías respectivas, aos altos cargos da Administración pública galega de rango igual ou superior a dirección xeral, así como a aqueles outros que legalmente se estableza.
- Determinar a estrutura orgánica superior da vicepresidencia ou vicepresidencias e das consellerías da Xunta de Galicia.
- Deliberar acerca daqueles asuntos cuxa resolución deba revestir a forma de decreto, ou que, pola súa importancia e repercusión na vida da comunidade autónoma esixan o coñecemento ou deliberación da Xunta.

3.2. Órganos centrais da Administración xeral da comunidade autónoma. As consellerías: organización e estrutura

Como antes se indicou, a Administración central da comunidade autónoma organízase en centros directivos directamente dependentes da Presidencia da Xunta, atendendo ao principio de división material de competencias, que son as consellerías, correspondendo a cada unha delas o desenvolvemento dun ou de varios sectores de actividade administrativa.

Estes órganos están regulados na Lei 16/2010, do 17 de decembro, xa citada.

Pois ben, conforme á norma de referencia, son órganos superiores das consellerías os seguintes:

A) Os conselleiros, que son os titulares da consellería para a que foron designados. Ademais forman parte do executivo e do Consello da Xunta.

Os conselleiros, como titulares ou xefes dos seus respectivos departamentos, están investidos das seguintes atribucións (artigo 34 Lei 1/1983):



1. Ostentar a representación do departamento de que son titulares.
2. Propoñerlle ao Consello da Xunta os nomeamentos e cesamentos dos cargos da súa consellería que requiran a forma de decretos para a súa designación.
3. Exercer a iniciativa, dirección e inspección de todos os servizos da consellería e a alta inspección e demais funcións que lles correspondan respecto dos organismos autónomos adscritos a esta.
4. Propoñer para a súa aprobación polo Consello da Xunta a estruturación e organización da súa consellería.
5. Propoñerlle ao Consello os proxectos de lei ou de decretos relativos ás competencias atribuídas á súa consellería.
6. Exercer a potestade regulamentaria nas materias da súa consellería.
7. Resolver os recursos administrativos promovidos contra as resolucións dos organismos e entidades da consellería, salvo cando por lei ou regulamentariamente se lle atribúa esa facultade a outro órgano.
8. Formular o anteproxecto de orzamentos da súa consellería.
9. Dispoñer os gastos propios dos servizos da súa consellería non reservados á competencia do Consello da Xunta, dentro dos límites da autorización orzamentaria e interesar a ordenación dos pagamentos correspondentes.
10. Asinar en nome da Xunta os contratos relativos a asuntos propios da súa consellería.
11. Resolver os conflitos de atribucións entre autoridades dependentes da súa consellería.

B) As secretarías xerais, que son órganos superiores da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, directamente responsables da execución da acción de goberno nun sector de actividade específica dunha consellería baixo a

dirección da persoa titular desta, nomeada por decreto do Consello da Xunta.

Os titulares das secretarías xerais dirixen e coordinan as direccións xerais situadas baixo a súa dependencia, e compételles en particular (artigo 26 Lei 16/2010):

- a) A dirección e control do exercicio das competencias sobre o sector da actividade administrativa que lles asignase o decreto de estrutura orgánica da consellería, ademais daquelas outras competencias que lle delegue a persoa titular da consellería.
- b) Impulsar a consecución dos obxectivos e a execución dos proxectos que, no seu ámbito de actividade, sexan encargados polo conselleiro, controlar o seu cumprimento, supervisar a actividade dos órganos directivos adscritos e impartirlles instrucións aos seus titulares.
- c) Resolver os recursos interpostos contra as resolucións dos órganos directivos que dependan directamente delas cando non poñan fin á vía administrativa, e resolver tamén os conflitos de atribucións suscitados entre os ditos órganos.
- d) Calquera outra competencia atribuída por outra norma xurídica.

Hai que dicir, por último, que as secretarías xerais directamente responsables da execución da acción de goberno nun sector de actividade específica, ou ben con funcións de apoio e asesoramento técnico, poderán integrarse na Presidencia, con carácter excepcional, tendo unha delas atribuídas as competencias previstas para as secretarías xerais técnicas no artigo 29 da Lei 16/2010. Estas últimas terán dependencia funcional da Presidencia e dependencia orgánica do conselleiro que se determine na estrutura correspondente.

En canto aos órganos de dirección, dentro das consellerías, son os seguintes:

A) As secretarías xerais técnicas son órganos apoio e asistencia técnica do conselleiro e das distintas áreas ou direccións que integran as consellerías e que, fundamentalmente, centralizan a xestión administrativa común desta (organización,

persoal, xestión económica, asesoría xurídica etc.).

O titular da secretaría xeral é nomeado por decreto do Consello da Xunta.

En cada consellería existe unha secretaría xeral técnica dependente xerarquicamente do conselleiro, cuxo titular desempeña, entre outras, as seguintes funcións:

- a) Representar a consellería por orde do seu titular.
- b) Coordinar, baixo a dirección da persoa titular da consellería, os programas e actuacións das diferentes direccións xerais e entes do sector público adscritos.
- c) Actuar como órgano de comunicación coas demais consellerías.
- d) Dirixir e xestionar os servizos comúns do departamento, así como os órganos e unidades administrativas que estean baixo a súa dependencia.
- e) Velar pola organización, simplificación e racionalización da actividade administrativa, e propoñer as modificacións encamiñadas a mellorar e perfeccionar os servizos.
- f) Elaborar os proxectos de plans xerais de actuación da consellería.
- g) Elaborar o anteproxecto de orzamento correspondente á consellería e levar a cabo o seguimento da execución orzamentaria.
- h) Emitir un informe sobre os anteproxectos de lei e proxectos de regulamentos da consellería e tramitalos.
- i) Xestionar os medios materiais adscritos ao funcionamento da consellería.
- j) Resolver os conflitos de atribucións que xurdan entre órganos dependentes dela.

Ás secretarías xerais técnicas están adscritas organicamente, con nivel de subdirección xeral, a asesoría xurídica e a intervención delegada, que dependerán

funcionalmente da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia e da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, respectivamente.

B) As direccións xerais, que son as unidades orgánicas básicas sectoriais en que se divide un departamento ou consellería. O seu titular é un director xeral.

En cada consellería existen unha ou varias direccións xerais con dependencia xerárquica do titular da consellería ou, se é o caso, da secretaría xeral.

As direccións xerais desempeñan, entre outras, as seguintes funcións:

- a) Elaborar os programas de actuación específicos da dirección xeral.
- b) Dirixir e xestionar os servizos e resolver os asuntos da consellería que sexan da súa competencia e os que lle delegue a persoa titular da consellería.
- c) Impulsar, coordinar e supervisar as actividades que se desenvolvan nas dependencias ao seu cargo.
- d) Elaborar o proxecto de orzamento e a memoria de funcionamento do seu centro directivo.
- e) Ditar ou propoñerlle á persoa titular da consellería, segundo proceda, as resolucións en materia da competencia do seu centro directivo.
- h) Formularlle ao órgano competente propostas sobre organización e funcionamento dos servizos ao seu cargo.

Con carácter excepcional, na Presidencia, dependendo funcionalmente desta, poderán integrarse direccións xerais que desenvolverán as súas competencias nos termos anteriormente previstos.

Os directores xerais teñen ao seu cargo distintas unidades orgánicas, así: as subdireccións xerais, xefaturas de servizo, xefaturas de sección e xefaturas de negociado.

Hai que completar a explicación significando que son os decretos de estrutura orgánica da Xunta de Galicia onde se plasman as consellerías existentes en cada período, así como a súa orde de prelación.

Dentro da estrutura orgánica da Xunta pode haber tamén as comisións delegadas do Goberno, que son órganos colexiados con funcións deliberantes e decisorias, creados para xestionar competencias específicas en determinadas materias e cuxa composición varía en función da especialidade propia da comisión de que se trate. Entre elas pódense citar a Comisión Delegada para Asuntos Económicos ou a de cooperación local.

3.3. A administración territorial ou periférica da comunidade autónoma

Ata a aprobación do Decreto 245/2009, do 30 de abril, a administración territorial da Comunidade Autónoma de Galicia xiraba ao redor da figura dos delegados provinciais das distintas consellerías, e había, polo tanto, no respectivo ámbito territorial, tantos delegados como consellerías existían. As novas normas sobre estrutura orgánica establecidas no ano 2009, baseadas en criterios de racionalización da Administración pública, suprimiron 52 delegacións provinciais e territoriais, que foron substituídas pola nova figura das delegacións territoriais ás que están adscritas, en cada territorio, todas as antigas delegacións territoriais das consellerías, que agora coa Lei 16/2010 pasan a denominarse xefaturas territoriais, con outro rango orgánico.

As novas delegacións territoriais así xurdidas quedan adscritas organicamente á consellería competente en materia de administracións públicas, con nivel orgánico de dirección xeral, e a súa estrutura orgánica, o seu ámbito territorial e as súas competencias deben ser establecidos mediante decreto. En todo caso, configúranse como órganos decisorios e representativos do presidente da Xunta e do Goberno autonómico e coordinadores da Administración periférica da Xunta de Galicia.

O ámbito territorial das delegacións está delimitado pola respectiva provincia, salvo as delegacións de Pontevedra e Vigo. Á delegación territorial de Pontevedra correspóndenlle todos os concellos da provincia, con excepción dos adscritos á delegación territorial de Vigo (Nigrán, Baiona, Fornelos de Montes, Gondomar, Pazos de Borbén, Mos, O Porriño, Redondela, Salceda de Caselas, Salvaterra de Miño, Soutomaior, Vigo, Cangas e

Moaña).

Á fronte de cada delegación territorial está un delegado, con rango de director xeral. O seu nomeamento efectuarase mediante un decreto do Consello da Xunta de Galicia, en virtude do establecido nos artigos 4.13 e 37.1 b) da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia, a proposta do conselleiro competente en materia de administracións públicas.

A Lei 16/2010, do 17 de decembro, atribúelle, en concreto, no seu ámbito territorial e entre outras, as seguintes competencias:

- Representar a Xunta.
- Manter as necesarias relacións de cooperación e, se é o caso, a coordinación, coa Administración do Estado, cos entes locais e con outros organismos públicos.
- Coordinar a actuación de todos os órganos e unidades administrativas autonómicas, así como, se é o caso, a das entidades do sector público autonómico con ámbito territorial de actuación igual ou inferior ao da delegación territorial.
- Ser os órganos de contratación da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia nos seus respectivos ámbitos competenciais.

Ademais das sinaladas correspóndenlle, no ámbito estritamente interno:

- Coordinar os órganos en que se estrutura a delegación territorial, impulsar a actividade administrativa e velar polo eficaz emprego dos medios dispoñibles no territorio da súa competencia.
- Dispoñer canto concirne ao réxime interior e de persoal da delegación en todas as súas dependencias.

As delegacións estrutúranse nos seguintes órganos:

- a) Secretaría territorial. Co nivel orgánico de subdirección xeral é o órgano de apoio e asesoramento ao delegado no exercicio das súas competencias xerais, a quen substitúe en caso de vacante, ausencia ou enfermidade.

b) Xefaturas territoriais. Son os órganos de exercicio das competencias administrativas de cada unha das consellerías, das que dependen orgánica e funcionalmente, e estarán integrados por aqueles servizos ou áreas que sexan necesarios para unha maior eficacia da xestión administrativa. Á fronte dos departamentos territoriais están os xefes territoriais.

c) Comisión territorial de coordinación. É o órgano de apoio ao delegado territorial para o impulso e coordinación do funcionamento do conxunto dos departamentos da delegación territorial. Está presidida polo delegado territorial e forman parte dela os xefes territoriais e o secretario territorial, quen actúa como secretario da comisión.

Son órganos superiores da delegación territorial o delegado e a secretaría territorial.

Sen prexuízo da súa integración na delegación territorial para os efectos de coordinación, os departamentos territoriais dependen orgánica e funcionalmente das consellerías que correspondan por razón da materia.

Ademais de todos os órganos sinalados, en cada delegación territorial existe un gabinete xurídico territorial, encadrado organicamente na delegación territorial, que depende funcionalmente da Asesoría Xurídica Xeral, de acordo coas súas normas reguladoras.

Igualmente, existe unha intervención territorial, encadrada organicamente na delegación territorial e funcionalmente dependente da Intervención Xeral, á que lle corresponden as competencias que lle asignen as normas reguladoras do devandito centro directivo.

4. AS DELEGACIÓNS DE GALICIA NO EXTERIOR

Están previstas no Decreto 224/2006, do 30 de novembro, polo que se regulan as delegacións de Galicia no exterior.

Estes órganos susténtanse na existencia de actividades realizadas pola Xunta de Galicia fóra das fronteiras do Estado, que son levadas a cabo, maioritariamente, a través

da Secretaría Xeral de Emigración e da Secretaría Xeral de Relacións Exteriores, órgano este último ao que están adscritas as delegacións.

As ditas actuacións exteriores atoparon respaldo na doutrina do Tribunal Constitucional, que recoñece a posibilidade de que as comunidades autónomas poidan levar a cabo actividades de relevo internacional con base no exercicio das competencias propias con dimensión internacional ou na proxección cara ao exterior da comunidade autónoma. En calquera caso, por encima das devanditas actividades exteriores está a máxima representación de España no exterior que, como se sabe, lle corresponde sempre ao Estado, actualmente regulada na Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do servizo exterior do Estado e a Lei 25/2014, do 27 de novembro, de tratados e outros acordos internacionais.

A presenza da Xunta de Galicia no exterior responde basicamente a tres necesidades:

- A de apoiar e coordinar as relacións coas comunidades galegas asentadas no exterior, que se desenvolven ao amparo da Lei 4/1983, do 15 de xuño, de recoñecemento da galegitude.
- O impulso da política en materia de cooperación internacional ao desenvolvemento que leva a cabo a Administración galega con base na Lei 3/2003, do 19 de xuño, de cooperación ao desenvolvemento.
- A necesidade de prestarlles apoio e asistencia institucional ás empresas galegas no exterior –en especial no que respecta ás PEMES– en coordinación coas oficinas comerciais das delegacións diplomáticas españolas.

O artigo 2 do decreto de creación concibe as delegacións da Xunta de Galicia no exterior como unidades administrativas situadas fóra do territorio do Estado español, creadas por medio de decreto do Consello da Xunta, a iniciativa da súa Secretaría Xeral de Relacións Exteriores, e informe previo preceptivo da súa oportunidade e das necesidades operativas, solicitado das consellerías e entidades con competencias materiais susceptibles de proxección internacional.

Sinálanse especificamente como funcións destas delegacións, entre outras, as seguintes:

- Darlle soporte ao presidente da Xunta de Galicia no exercicio das súas atribucións como máximo representante da Comunidade Autónoma de Galicia.
- Fomentar as relacións de Galicia coas institucións e órganos de goberno da súa área xeográfica de acción.
- Impulsar as accións de promoción da cultura e lingua galegas.
- Prestarlles apoio administrativo e institucional aos emigrantes galegos e ás comunidades galegas no exterior. Desta maneira, estas delegacións terán a responsabilidade da coordinación, xestión e difusión, así como o control, seguimento e información dos programas dirixidos á emigración.
- Prestarlles apoio ás accións de cooperación que, dentro da programación exterior de Galicia, a Xunta estableza no ámbito socioeconómico e de promoción do turismo.
- Colaborar no seguimento e avaliación dos plans, programas e proxectos de cooperación ao desenvolvemento que se realicen na área xeográfica asignada.
- Prestarlle asistencia técnica, orientación e información sobre Galicia e sobre a área xeográfica asignada, aos axentes sociais alí situados, aos galegos, aos seus descendentes e aos interesados que respectivamente o demanden.

Á fronte de cada delegación exterior existe un delegado nomeado polo Consello da Xunta de Galicia, a proposta do conselleiro de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, ao que lle corresponde a dirección da unidade administrativa, a xefatura do persoal, e o exercicio das competencias que lle sexan delegadas ou encomendadas.

Baixo a autoridade do delegado existe a secretaría da delegación, á que lle corresponden, basicamente, as funcións de réxime interior, persoal e a coordinación das distintas áreas funcionais.

Por outra banda, en cada delegación exterior está prevista a creación dunha oficina de rexistro da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

Así mesmo, contéplase a creación dun rexistro de oficinas autonómicas no exterior ao que accederán aquelas oficinas de titularidade autonómica ou que exerzan calquera tipo de representación exterior baixo mandato dunha autoridade autonómica que fosen regulamentariamente creadas.

A creación dunha delegación exterior determina a integración nela de todas as oficinas rexistradas situadas na área xeográfica atribuída ao seu ámbito de acción. Excepcionalmente, poden manterse as oficinas sectoriais cando existan razóns técnicas que o xustifiquen pola especialidade do traballo realizado e se garanta a súa estreita coordinación coa correspondente delegación exterior.

Finalmente, a creación de oficinas sectoriais en Estados nos que non exista unha delegación da Xunta de Galicia requirirá a súa autorización previa mediante acordo do Consello da Xunta de Galicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo e García Morales, María J.: *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*. Tecnos, Madrid 1985.
- Beltrán Aguirre, Juan Luis. "Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación". *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, pp. 207-236. 2005
- Muñoz Machado, S.: *Derecho público de las comunidades autónomas*. Civitas. Madrid 1982.
- Rodríguez Arana, J. e García Mexía, P.: *Curso de Derecho público de las comunidades autónomas*. Montecorvo e INAP, Madrid 2003.
- Gumersindo Trujillo Fernández: *Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004

- Varios autores.: *El funcionamiento del Estado autonómico*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1999.
- Varios autores dirigidos por José Luis Carro Fernández- Valmayor.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1991.

TEMA 8.

AS ENTIDADES INSTRUMENTAIS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA. AS FUNDACIÓNS DE INTERESE GALEGO. AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO DE GALICIA. OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN DE GALICIA

TEMA 8. AS ENTIDADES INSTRUMENTAIS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA. AS FUNDACIÓNS DE INTERESE GALEGO. AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO DE GALICIA. OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN DE GALICIA

1.- CONCEPTO, CARACTERES E CLASES

1.1.- CONCEPTO

Empregando unha terminoloxía convencional, presente desde hai tempo no dereito administrativo español, denomínase “ente matriz” o ente que crea outro para que realice funcións ou tarefas específicas cuxo desenvolvemento, en principio, lle asignou o ordenamento xurídico a el, e “ente instrumental” o ente creado co fin de desenvolver as ditas funcións ou tarefas.

Estas funcións ou tarefas específicas poden ter natureza pública –como o exercicio de competencias propias da Administración matriz ou a erogación de servizos da súa titularidade– ou natureza privada –como, como por exemplo, a realización de actividades de mercado.

O papel de administracións matrices correspóndelles, esencialmente, ás administracións territoriais, xa que son estas as que, de modo directo ou indirecto, crean outros suxeitos, de natureza tanto pública como privada, co fin de que desenvolvan no seu lugar concretas actividades da súa competencia.

1.2.- TIPOS

O artigo 45 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), distingue dous tipos de entidades instrumentais no sector público galego:

a) As entidades públicas instrumentais:

- Organismos autónomos.
- Axencias públicas autonómicas.
- Entidades públicas empresariais.
- Consortios autonómicos.

b) Outras entidades instrumentais:

- Sociedades mercantís públicas autonómicas.
- Fundacións do sector público autonómico.

Hai que sinalar que, de acordo coa disposición adicional quinta da LOFAXGA, a denominación das entidades instrumentais debe axustarse ao tipo de entidade de que se trate en cada caso, sen que se poidan utilizar denominacións que induzan a confusión por facer referencia a unha modalidade de entidade distinta.

1.3.- CARACTERES

De conformidade co artigo 46 da LOFAXGA, as entidades instrumentais teñen personalidade xurídica propia e diferenciada respecto da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, contan con patrimonio e tesouraría propios e desfrutan de autonomía de xestión.

Deberán axustarse ao principio de instrumentalidade respecto dos fins e obxectivos que lles asigne a súa norma de creación que terán, en todo caso, a consideración de fins e obxectivos propios da Comunidade Autónoma de Galicia.

1.4.- CREACIÓN

Só se poderán crear estas entidades cando as especiais características das actividades que se lles encomenden ou razóns de eficacia xustifiquen a organización e o desenvolvemento de tales actividades en réxime de descentralización funcional que permita autonomía de xestión e maior proximidade á cidadanía.

A LOFAXGA establece, ademais, a previsión de que a creación de novas entidades instrumentais do sector público autonómico non suporá, en ningún caso, a duplicación dos servizos públicos que xa sexan prestados pola Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, xa que a dita creación irá acompañada das previsións necesarias para suprimir ou restrinxir debidamente a competencia doutros órganos ou doutras entidades preexistentes.

Por último, o artigo 52 da LOFAXGA crea o Rexistro de entidades do sector público da Comunidade Autónoma de Galicia, integrado na consellería competente en materia de

facenda, no cal se inscribirán preceptivamente a constitución destas entidades e os demais actos relativos a elas que se determinen regulamentariamente. Así mesmo, depositaranse nel as contas anuais de cada entidade, para a súa remisión ao Consello de Contas.

Este rexistro terá carácter público e contará con tantas seccións e subseccións como tipos de entidades prevé a LOFAXGA. Ademais, garantirase a coordinación e colaboración entre este rexistro e aqueloutros rexistros da Administración da Comunidade Autónoma en que consten datos destas entidades.

1.5.- RÉXIME DE PERSOAL E DE CONTRATACIÓN

En canto ao réxime aplicable ao seu persoal, a LOFAXGA establece unha serie de precisións:

- a) Seralle de aplicación, no seu ámbito respectivo, o disposto no artigo 37 do Estatuto básico do empregado público en relación coas materias obxecto de negociación (artigo 46.5).
- b) A aprobación dos instrumentos polos que se regulen as condicións de traballo do persoal e o réxime retributivo das entidades instrumentais requirirá, en todo caso, o informe previo e favorable dos centros directivos competentes en materia de orzamentos e de función pública, e deberán ser negociados coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública. Con carácter xeral, a través destes instrumentos implantarase un réxime retributivo similar ao do resto do persoal laboral da Xunta de Galicia, sen prexuízo da existencia, se for o caso, de complementos de produtividade ou conceptos equivalentes vinculados ao grao de cumprimento de obxectivos (artigo 46.6).
- c) As distintas clases de persoal, tanto funcionario como laboral, que pasen a prestar servizos nos entes instrumentais do sector público autonómico manterán o réxime xurídico de orixe, sen prexuízo dos procesos de integración que se leven a cabo de acordo coa normativa correspondente. Respetarase o suposto do persoal laboral susceptible de ser incluído, polas súas características, nos procesos de funcionarización que, de acordo coa Lei da función pública galega, se deban implementar (artigo 46.7).

- d) As indemnizacións máximas que por asistencia lles poidan corresponder aos integrantes dos órganos superiores de dirección das entidades instrumentais do sector público autonómico serán fixadas mediante acordo do Consello da Xunta, co informe favorable da consellería competente en materia de facenda (artigo 53).

En materia de contratación, as entidades instrumentais integrantes do sector público autonómico rexeranse polas normas xerais de contratación do sector público, en función da cualificación que lles corresponda en virtude do ámbito subxectivo da normativa básica estatal (artigo 51 LOFAXGA).

2.- ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTAIS EN XERAL

2.1.- PERSONIFICACIÓN E TIPOLOXÍA

De acordo co artigo 57 da LOFAXGA, as entidades públicas instrumentais teñen personalidade xurídica propia diferenciada respecto da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, patrimonio e tesouraría propios, así como autonomía de xestión e, dentro da esfera da súa competencia, correspóndenlles as potestades administrativas necesarias para o cumprimento dos seus fins.

Cada entidade pública instrumental adscíbese directamente, ou a través doutra entidade instrumental, á consellería ou ao órgano competente por razón da materia, de acordo co que determine a súa norma de creación (artigo 56 LOFAXGA).

En canto á súa tipoloxía, segundo o disposto no artigo 67 da LOFAXGA, as entidades públicas instrumentais adoptarán a forma de organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais ou consorcios.

2.2.- CREACIÓN, MODIFICACIÓN E EXTINCIÓN

2.2.1.- CREACIÓN

Segundo o artigo 54 da LOFAXGA, a creación de entidades públicas instrumentais integrantes do sector público autonómico, excepto no caso dos consorcios, require autorización por lei, na cal se establecerá:

- a) O tipo de entidade que se crea.
- b) O obxecto e os fins xerais da entidade.

- c) O réxime xurídico xeral ao cal axustará o desenvolvemento da súa actividade.
- d) A consellería, o departamento ou o órgano de adscrición.

O anteproxecto de lei de autorización irá acompañado dunha memoria, na cal se precisarán os seguintes aspectos:

- a) O obxectivo e os fins que se perseguen coa creación da entidade proposta.
- b) O tipo de entidade e a súa xustificación.
- c) As consecuencias organizativas da creación da entidade proposta e, en particular, a súa incidencia sobre as funcións e competencias doutros órganos ou entidades preexistentes.
- d) Os recursos que garantan a viabilidade económico-financeira da entidade proposta, logo do informe favorable da consellería competente en materia de facenda.

Tras a aprobación da lei pola que se autoriza a creación da entidade instrumental, procederase á súa creación e á aprobación dos seus estatutos por decreto do Consello da Xunta, por proposta da consellería de adscrición, logo de informe favorable das consellerías competentes en materia de administracións públicas e de facenda.

O proxecto de estatuto, que será elaborado pola consellería de adscrición, recollerá, como mínimo, os seguintes elementos:

- 1) As funcións que desenvolverá.
- 2) A determinación da sede e da súa estrutura orgánica, concretando: os seus órganos; as facultades de cada un deles; a forma de designación dos seus compoñentes e o réxime de funcionamento e desenvolvemento da súa actividade, indicando aqueles órganos cuxos actos poñen fin á vía administrativa.
- 3) A participación, se for o caso, doutras administracións públicas nos seus órganos de goberno.
- 4) A regulación sobre os medios persoais, materiais e económico-financeiros e sobre o seu patrimonio.

O proxecto de estatuto ten que ir acompañado dun plan inicial plurianual de actuación da entidade que inclúa:

-Un plan estratéxico para a súa posta en funcionamento e o inicio efectivo da realización das actividades que teña encomendadas.

-Un plan económico-financeiro coa previsión dos recursos materiais e orzamentarios precisos para a súa posta en funcionamento, logo de informe favorable da consellería competente en materia de facenda.

-A previsión dos recursos humanos necesarios.

No caso das axencias públicas autonómicas, o plan inicial de actuación abarcará até a entrada en vigor do primeiro contrato de xestión.

2.2.2.- MODIFICACIÓN

De conformidade co artigo 55 da LOFAXGA, a modificación dos estatutos das entidades públicas instrumentais integrantes do sector público autonómico levarase a cabo por decreto do Consello da Xunta, por proposta da consellería de adscrición, logo de informe favorable das consellerías competentes en materia de administracións públicas e de facenda. Cando a modificación proposta afecte os contidos incluídos dentro do ámbito de materias enunciadas no artigo 37 do Estatuto básico do empregado público, será negociada coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

2.2.3- EXTINCIÓN

A extinción das entidades públicas instrumentais integrantes do sector público autonómico levarase a cabo nos termos previstos na lei que autoriza a súa creación ou, ante a falta de previsión expresa desta, por decreto do Consello da Xunta, por proposta da consellería de adscrición, logo de informe favorable das consellerías competentes en materia de administracións públicas e de facenda. Estas disposicións determinarán o destino dos bens, dos dereitos e das obrigas do organismo así como as medidas aplicables aos seus empregados no marco da lexislación reguladora de cada tipo de persoal (artigo 55.2 LOFAXGA).

2.3.- ORGANIZACIÓN

Segundo o artigo 63 da LOFAXGA, en toda entidade pública instrumental deberá existir un órgano superior colexiado de goberno denominado «consello reitor» e un órgano unipersoal de goberno ao cal lle corresponderá a presidencia da entidade e do propio

consello reitor.

A composición do consello reitor e as funcións deste e do presidente serán determinadas na normativa específica de cada entidade.

Por debaixo do consello reitor e do seu presidente existirá a estrutura administrativa que en cada caso determine a normativa específica de cada entidade.

2.3.1.- ÓRGANOS DE GOBERNO

Os órganos de goberno son a presidencia e o consello reitor, ben que no estatuto de cada entidade se poderán prever outros órganos de goberno con atribucións distintas e, en todo caso, subordinadas ás do consello reitor (artigo 64 LOFAXGA).

A presidencia corresponderalle á persoa titular da consellería de adscrición, ben que no estatuto da entidade se poderá establecer a posibilidade de que o Consello da Xunta nomee outra persoa para desempeñar o cargo, por proposta da persoa titular da consellería de adscrición.

A composición do consello reitor e o réxime aplicable aos seus membros establecerase no estatuto de cada entidade, respectando, en todo caso, as regras previstas no artigo 64.3 da LOFAXGA:

1. Os membros do consello reitor serán nomeados pola persoa titular da consellería de adscrición.
2. A persoa titular da dirección do organismo será membro nato do consello reitor.
3. A consellería competente en materia de facenda deberá contar, cando menos, cun representante no consello reitor. Nas entidades cuxo obxecto afecte as competencias de varias consellerías, cada unha destas debe contar tamén, como mínimo, cun representante no consello reitor.
4. Nas entidades con participación doutras administracións públicas, os representantes destas serán designados directamente por elas.
5. A persoa titular da secretaría do consello reitor será designada e nomeada por este.

O consello reitor exercerá as funcións que se lle atribúan no estatuto de cada entidade, ben que o artigo 64.4 da LOFAXGA establece as atribucións que, como mínimo, lle

corresponderán:

1. O seguimento, a supervisión e o control superiores da actuación da entidade e da xestión da persoa titular da dirección.
2. A aprobación dun informe xeral anual da actividade desenvolvida pola entidade e de cantos extraordinarios considere necesarios sobre a súa xestión, coa valoración dos resultados obtidos e a consignación das deficiencias observadas.
3. A aprobación do anteproxecto de orzamentos anuais e da contracción de obrigacións de carácter plurianual, dentro dos límites que teña fixados.
4. A aprobación das contas anuais e, se for o caso, a distribución do resultado do exercicio, de acordo coa lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia.
5. Nas axencias públicas autonómicas, a proposta do contrato de xestión da axencia e a aprobación dos obxectivos e plans de acción anuais e plurianuais, así como dos criterios cuantitativos e cualitativos de medición do cumprimento dos ditos obxectivos e do grao de eficiencia na xestión, no marco establecido polo contrato de xestión.

2.3.2.- ÓRGANOS EXECUTIVOS

De conformidade co artigo 65 da LOFAXGA, son órganos executivos a dirección e/ou a secretaría xeral ou cargos asimilados, calquera que sexa a súa denominación.

As persoas titulares da dirección serán nomeadas e separadas por decreto do Consello da Xunta, por proposta da persoa titular da consellería de adscrición, entre persoas que reúnan a cualificación necesaria para o cargo, segundo se determine no estatuto de cada entidade. As persoas titulares da secretaría xeral serán nomeadas e separadas segundo se determine na norma de creación e/ou no estatuto de cada entidade.

As persoas titulares dos órganos executivos son responsables da xestión ordinaria da entidade e exercen as competencias inherentes aos seus cargos, así como as que expresamente se lles atribúen na presente lei e nos estatutos e as que lles deleguen os órganos de goberno.

2.4.- PERSOAL

2.4.1.- ASPECTOS XERAIS

O persoal ao servizo das entidades integrantes do sector público autonómico poderá ser funcionario, estatutario ou laboral, de acordo co previsto na LOFAXGA e na normativa aplicable aos empregados públicos, e estará suxeito ao réxime de incompatibilidades que derive da súa condición (artigo 58 LOFAXGA).

A aprobación e modificación tanto do cadro de persoal como da proposta de relación de postos de traballo serán acordadas polos órganos superiores de goberno e dirección, logo de informe favorable dos centros directivos competentes en materia de orzamentos e de función pública, e a contratación será decidida polo órgano que sinale a súa normativa específica ou os seus estatutos. En todo caso, a aprobación da relación de postos de traballo con persoal funcionario e/ou laboral da Xunta de Galicia estará sometida na súa tramitación á normativa xeral establecida na Administración da Comunidade Autónoma de Galicia sobre modificacións ou aprobacións destes instrumentos de planificación de persoal.

A selección do seu persoal, excepto o directivo e demais excepcións previstas na LOFAXGA, será realizada polo centro directivo competente en materia de función pública e seranlle de aplicación as disposicións da lexislación galega sobre emprego público relativas a: a) Composición e funcionamento dos tribunais ou das comisións de selección; b) Bases das convocatorias e c) Probas de selección.

A aprobación dos instrumentos polos que se regulen as condicións de traballo do persoal e o réxime retributivo destas entidades instrumentais requirirá, en todo caso, informe previo e favorable dos centros directivos competentes en materia de orzamentos e de función pública, e deberán ser negociadas previamente coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

En canto ao persoal laboral, deberá terse en conta o establecido nas disposicións adicionais da LOFAXGA.

Así, segundo a disposición adicional décimo primeira, o Consello da Xunta de Galicia, mediante decreto, poderá establecer os procedementos que habiliten a progresiva

integración como persoal laboral da Xunta de Galicia do persoal laboral fixo das entidades instrumentais ás cales lles sexa aplicable a LOFAXGA que non estea sometido á normativa xeral de función pública ou ao convenio colectivo do persoal da Xunta de Galicia, mentres que a integración do persoal das entidades instrumentais do ámbito sanitario se rexerá pola súa normativa específica.

O establecemento dos ditos procedementos e das referidas condicións de integración será negociado coas organizacións sindicais presentes na Mesa Xeral de Empregados Públicos.

Deberase ter en conta tamén que a disposición adicional décimo segunda da LOFAXGA establece que se poderán establecer acordos de mobilidade que lle permitan ao persoal das entidades instrumentais participar en concursos de traslados do persoal laboral da Xunta de Galicia. Estes acordos deberán ser de carácter mutuo e ser negociados coas organizacións sindicais representadas na Mesa Xeral de Empregados Públicos, e non poderán ser efectivos, polo menos, até que se celebre o concurso de traslados do persoal laboral da Xunta de Galicia, previsto no actual convenio colectivo.

2.4.2.- PERSOAL LABORAL TEMPORAL

A celebración de contratos laborais de duración determinada, segundo o artigo 59 da LOFAXGA, debe ser autorizada polos órganos superiores de goberno e dirección, contando cos informes favorables previos dos centros directivos competentes en materia de función pública e de orzamentos, sen que, en ningún caso, poidan dar lugar a contratos indefinidos. A selección deste persoal realizarase entre as persoas incluídas nas listas da Administración autonómica ou, se for o caso, a través dos servizos públicos de emprego.

Excepcionalmente, estas entidades poderán acollerse a un sistema de listas previo por categorías, logo de autorización do centro directivo competente en materia de función pública, tras a negociación coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

En todo caso, o procedemento de selección deberá adaptarse á natureza da entidade, segundo o establecido na Lei da función pública de Galicia.

2.4.3.- PERSOAL DE ALTA DIRECCIÓN

A contratación de persoal de alta dirección someterase aos principios de mérito e capacidade, entre persoas que reúnan os requisitos de solvencia académica, profesional, técnica ou científica que en cada caso sexan necesarios para o desenvolvemento da función (artigo 60 LOFAXGA).

A fixación das súas retribucións deberá contar cun informe previo favorable dos centros directivos competentes en materia de orzamentos e de función pública. Só por razóns vinculadas á especial cualificación profesional, estas retribucións poderán igualar ou superar as da persoa titular da Presidencia da Xunta.

2.5.- PATRIMONIO E CONTRATACIÓN

O réxime patrimonial das entidades públicas instrumentais será o determinado pola Lei de patrimonio da Comunidade Autónoma e demais normativa que lle sexa de aplicación (artigo 61 LOFAXGA).

O órgano de contratación da entidade instrumental será o fixado polos seus estatutos. Ademais, a persoa titular da consellería de adscrición poderá fixar a duración ou contía a partir da cal é necesaria a súa autorización para a celebración de contratos, excepto que a dita autorización lle corresponda ao Consello da Xunta (artigo 62 LOFAXGA).

2.6.- IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS E RECLAMACIÓN

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, excepto que a súa lei de autorización específica preveña a posibilidade de recurso de alzada impropio ante un órgano da consellería de adscrición (artigo 66 LOFAXGA).

As reclamacións previas, en asuntos civís e laborais, serán resoltas polo consello reitor, excepto que na súa normativa específica se lle asigne tal competencia a un órgano da consellería de adscrición.

3.- ENTIDADES PÚBLICAS INSTRUMENTAIS EN PARTICULAR

3.1.- OS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

3.1.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

De acordo co artigo 68 da LOFAXGA, os organismos autónomos son entidades públicas instrumentais cuxa organización e funcionamento se regulan polo dereito administrativo, e que se someten ao dereito privado só naqueles casos en que corresponda de acordo coa normativa xeral ou sectorial aplicable.

Estas entidades instrumentais, conforme a súa normativa específica, poderán exercer actividades de intervención, de fomento, de xestión de servizos públicos ou de apoio á función administrativa en réxime de descentralización funcional.

3.1.2.- FUNCIONAMENTO

A actividade dos organismos autónomos desenvolverase de acordo co plan anual de actuación de cada un deles, que será aprobado por orde da consellería de adscrición dentro do marco do programa plurianual desta última, contando co informe favorable da consellería competente en materia de facenda, segundo o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 70 LOFAXGA)

O contido do plan de actuación determinarase regulamentariamente e deberá incluír, en todo caso:

- Os obxectivos e os resultados que deba obter o organismo.
- Os recursos persoais, materiais e orzamentarios precisos para a consecución dos obxectivos e resultados fixados.

3.1.3.- PERSOAL

O persoal ao servizo dos organismos autónomos será funcionario, estatutario ou laboral, nos mesmos termos establecidos para a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 69 LOFAXGA).

Á contratación de persoal laboral fixo ao servizo dos organismos autónomos seranlle de aplicación as disposicións da lexislación galega sobre emprego público e as normas

reglamentarias que a desenvolvan, relativas a: a) Composición e funcionamento dos tribunais ou comisións de selección; b) Bases das convocatorias e c) Probas de selección.

Fixarase nos estatutos o órgano que teña atribuídas as competencias internas en materia de xestión de recursos humanos.

En canto ás relacións de postos de traballo dos organismos autónomos, estas serán aprobadas pola Xunta de Galicia de acordo coa normativa aplicable na materia e despois de negociación coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

3.1.4.- FINANCIAMENTO

Os organismos autónomos financiaranse cos recursos mencionados no artigo 71 da LOFAXGA:

- As transferencias consignadas nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia.
- Os ingresos propios que perciban como contraprestación polas actividades que poidan realizar en virtude de contratos, convenios ou disposicións legais para outras entidades públicas ou privadas ou persoas físicas.
- O produto do alleamento dos bens e valores que constitúan o seu patrimonio, de acordo co establecido na lexislación de patrimonio da Comunidade Autónoma.
- O rendemento procedente dos seus bens e valores.
- As achegas voluntarias, doazóns, herdanzas, legados e demais achegas a título gratuito de entidades privadas e particulares.
- Os ingresos recibidos de persoas físicas e xurídicas como consecuencia do patrocinio de actividades ou instalacións.
- Os demais ingresos de dereito público ou privado que estean autorizados a percibir.
- Calquera outro recurso que se lles poida atribuír.

3.1.5.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO-FINANCIERO, DE CONTABILIDADE E DE CONTROL

O réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control dos

organismos autónomos será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 72 LOFAXGA).

Ademais, segundo o artigo 73 da LOFAXGA, os organismos autónomos estarán sometidos a un control de eficacia no cumprimento do seu plan de actuación, que será exercido pola consellería de adscrición e pola unidade administrativa con competencias en avaliación e reforma administrativa.

Este control de eficacia terá por obxecto comprobar o grao de cumprimento dos obxectivos fixados aos organismos autónomos e a adecuada utilización dos recursos que lles fosen asignados para a consecución destes obxectivos, así como unha continua avaliación do cumprimento dos fins previstos na creación da citada entidade pública instrumental.

3.2.- AS AXENCIAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS

3.2.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

O artigo 74 da LOFAXGA define as axencias públicas autonómicas como aquelas entidades ás cales, para o cumprimento de programas específicos correspondentes a políticas públicas da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, se lles encomenda a realización de actividades en réxime de descentralización funcional e xestión por obxectivos.

A importancia destas entidades queda evidenciada polo feito de que nas disposicións adicionais segunda, terceira e cuarta da LOFAXGA se autoriza a creación da Axencia Galega de Innovación, a Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia e a Axencia Galega de Infraestruturas.

O réxime xurídico interno das axencias públicas autonómicas rexerase polo dereito administrativo, e o réxime xurídico externo, polo dereito privado ou polo dereito administrativo, segundo determinen as súas leis de creación e a normativa xeral aplicable. As súas normas específicas poderán integrar elementos de réxime xurídico propios dos organismos autónomos e das entidades públicas empresariais.

Finalmente, a LOFAXGA permite que a persoa titular da presidencia de cada axencia autonómica, en calidade de máxima representación da entidade, subscriba con entidades

públicas e privadas convenios de colaboración excluídos da lexislación de contratos do sector público en nome da entidade que preside.

3.2.2.- FUNCIONAMENTO

A actuación das axencias públicas autonómicas suxeitarase ao principio e aos mecanismos de xestión transparente por obxectivos, que son: o contrato plurianual de xestión, o plan de acción anual, o informe de actividade e as contas anuais (artigo 74.4 LOFAXGA).

O contrato plurianual de xestión, segundo o artigo 80 da LOFAXGA, deberá establecer, como mínimo, e para o período da súa vixencia, os seguintes aspectos:

- a) Os obxectivos que se persigan, os resultados que se pretendan obter e, en xeral, a xestión que se vai desenvolver.
- b) Os plans necesarios para alcanzar os obxectivos, con especificación dos marcos temporais correspondentes e dos proxectos asociados a cada unha das estratexias e os seus prazos temporais, así como os indicadores para avaliar os resultados obtidos.
- c) As previsións máximas do cadro de persoal e o marco de actuación en materia de xestión de recursos humanos.
- d) Os recursos persoais, materiais e orzamentarios que cómpre achegar para a consecución dos obxectivos.
- e) Os efectos asociados ao grao de cumprimento dos obxectivos establecidos no que atinxe á existencia de responsabilidade pola xestión dos órganos executivos e do persoal directivo, debendo determinar os mecanismos que permitan a existencia das ditas responsabilidades.
- f) A contía da masa salarial destinada ao complemento de produtividade ou concepto equivalente do persoal laboral fixarase segundo o establecido na Lei da función pública e nas leis anuais de orzamentos da Comunidade Autónoma. Esta contía estará vinculada estritamente ao grao de cumprimento dos obxectivos fixados, co informe previo favorable das direccións xerais competentes en materia de función pública e de orzamentos, nos termos aprobados no contrato plurianual de xestión.

- g) O procedemento que se seguirá para a cobertura dos déficits anuais que, se for o caso, se poidan producir por insuficiencia dos ingresos reais respecto dos estimados e as consecuencias de responsabilidade na xestión que se deban seguir de tales déficits.
- h) O procedemento para a introdución das modificacións ou adaptacións anuais que, se for o caso, procedan.

O consello reitor de cada axencia aprobará a proposta do primeiro contrato plurianual de xestión no prazo de tres meses desde a súa constitución. Os posteriores contratos plurianuais de xestión presentaranse no último trimestre da vixencia do anterior.

A aprobación do contrato plurianual de xestión terá lugar por acordo do Consello da Xunta, por proposta das consellerías de adscrición e das competentes nas materias de administracións públicas e de facenda, nun prazo máximo de tres meses contados desde a súa presentación. No caso de non ser aprobado neste prazo, manterá a súa vixencia o contrato de xestión anterior.

Ademais, de conformidade co artigo 81 da LOFAXGA, o consello reitor de cada axencia autonómica, por proposta do seu director, aprobará os documentos públicos, aos que terán acceso cidadáns desde a súa aprobación:

1. O plan de acción de cada ano, sobre a base dos recursos dispoñibles.
2. O informe xeral de actividade correspondente ao ano xa anterior.
3. As contas anuais, acompañadas do informe de auditoría de contas.

No primeiro trimestre de cada ano, cada axencia autonómica, a través do seu director, informará a súa consellería de adscrición e as competentes nas materias de administracións públicas e de facenda acerca da execución e do cumprimento dos obxectivos fixados no contrato de xestión durante o anterior exercicio.

A transparencia na xestión das axencias públicas autonómicas aparece recollida expresamente no artigo 88 da LOFAXGA, que exige a publicación na súa sede electrónica de información actualizada sobre os seguintes aspectos:

1. O contrato de xestión da axencia, o plan de acción anual, o informe xeral de

actividade e as contas anuais, acompañadas do informe de auditoría de contas.

2. As redes de coñecemento e intercambio de información que impulse e, se for o caso, outras que existan no territorio de Galicia.
3. Os recursos públicos destinados pola Xunta de Galicia ás políticas que desenvolva a axencia e as condicións e formas de acceso a eles.
4. Outros recursos públicos ou privados destinados a similares fins e dispoñibles no ámbito de Galicia, dos cales a axencia teña coñecemento.
5. Os procedementos e medios de acceso dos interesados aos servizos da axencia e os dereitos que para tal efecto lles correspondan.

Ademais, nos seus estatutos, incorporarán os mecanismos precisos para garantir o dico acceso e incluírase a posibilidade de acceder, a través da correspondente páxina web, á información sobre tales documentos.

3.2.3.- PERSOAL

O persoal das axencias públicas autonómicas estará constituído por persoal funcionario, estatutario e/ou laboral da Xunta de Galicia e, se for o caso, por persoal laboral propio (artigo 75 LOFAXGA).

O persoal laboral propio rexerase pola LOFAXGA, polo Estatuto dos traballadores e polo resto da normativa laboral. As súas condicións retributivas serán as determinadas no seu convenio colectivo de aplicación e as súas contías fixaranse de acordo co establecido nas leis de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.

As distintas clases de persoal integrantes das axencias públicas autonómicas rexeranse pola súa normativa de orixe, coas especialidades establecidas na LOFAXGA e no seu estatuto.

En materia de selección de persoal, o artigo 76 da LOFAXGA establece que lles corresponde ás axencias autonómicas a determinación, logo de informe favorable do órgano directivo da Administración xeral da Comunidade Autónoma competente en materia de función pública, dos criterios de selección do seu persoal laboral e a convocatoria e xestión dos procesos selectivos deste, de acordo cos principios de

concorrenza, igualdade, publicidade, mérito e capacidade e demais establecidos pola lexislación xeral de emprego público.

Á contratación do seu persoal laboral propio seranlle de aplicación as disposicións da lexislación galega sobre emprego público e as normas regulamentarias que a desenvolvan, relativas a: a) Composición e funcionamento dos tribunais ou comisións de selección; b) Bases das convocatorias e c) Probas de selección.

A mobilidade do persoal funcionario, estatutario e laboral da Xunta de Galicia destinado nas axencias públicas autonómicas someterase ao réxime xeral previsto na normativa de función pública (artigo 77 LOFAXGA).

O artigo 78 da LOFAXGA regula o réxime retributivo do persoal das axencias públicas autonómica e establece que:

- Os conceptos retributivos do persoal funcionario serán os establecidos na normativa reguladora da función pública da Xunta de Galicia e dos orzamentos da Comunidade Autónoma, coas especialidades previstas na LOFAXGA e no estatuto de creación. As súas contías determinaranse no marco do contrato de xestión.
- As condicións retributivas do persoal laboral serán as determinadas no convenio colectivo de aplicación. As súas contías fixaranse tamén no marco do contrato de xestión.
- A contía da masa salarial destinada a complemento de produtividade ou concepto equivalente do persoal laboral vincularase estritamente ao grao de cumprimento dos obxectivos fixados no contrato de xestión.
- No marco da política de recursos humanos e de acordo cos sistemas de representación e participación do persoal, establecerase un sistema de avaliación que sirva de instrumento obxectivo para a valoración do desempeño dos postos de traballo e a asignación da produtividade, sen que, en ningún caso, se poida superar a contía da masa que dispoña o contrato de xestión. O sistema de avaliación valorará rendementos colectivos das unidades e realizará unha valoración individual de cada posto de traballo.

Finalmente, o artigo 79 da LOFAXGA recolle as especialidades aplicables ao persoal

directivo das axencias públicas autonómicas e dispón que:

- Ocupará postos definidos como tales na relación de postos de traballo ou no cadro de persoal en atención á especial responsabilidade, competencia técnica e importancia das funcións asignadas a eles.
- Será nomeado e separado polo consello reitor, por proposta motivada da dirección, entre persoas que acrediten competencia profesional e idoneidade.
- A súa regulación terá en conta o establecido no artigo 13 do Estatuto básico do empregado público e na normativa de desenvolvemento da Comunidade Autónoma.

3.2.4.- FINANCIAMENTO

As axencias públicas autonómicas fináncianse cos recursos indicados no artigo 82 da LOFAXGA:

- a) As transferencias consignadas nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia.
- b) Os ingresos propios que perciban como contraprestación polas actividades que poidan realizar en virtude de contratos, convenios ou disposicións legais para outras entidades públicas ou privadas ou persoas físicas.
- c) O produto do alleamento dos bens e valores que constitúan o seu patrimonio, de acordo co establecido na lexislación de patrimonio da Comunidade Autónoma.
- d) O rendemento procedente dos seus bens e valores.
- e) As achegas voluntarias, doazóns, herdanzas, legados e demais achegas a título gratuito de entidades privadas e particulares.
- f) Os ingresos recibidos de persoas físicas e xurídicas como consecuencia do patrocinio de actividades ou instalacións.
- g) Os demais ingresos de dereito público ou privado que estean autorizadas a percibir.
- h) Calquera outro recurso que se lles poida atribuír.

3.2.5.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO E DE CONTROL

Corresponderalle ao consello reitor de cada axencia autonómica elaborar e aprobar o anteproxecto de orzamento, que lle será remitido para o seu exame á consellería de adscrición, para que llo achegue xunto co orzamento da propia consellería á competente en materia de facenda para a elaboración dos orzamentos da Comunidade Autónoma (artigo 83 LOFAXGA).

Será a consellería competente en materia de facenda a que determine a estrutura do orzamento das axencias públicas autonómicas e a documentación que hai que xuntar a este.

Os orzamentos das axencias públicas autonómicas terán carácter limitativo polo seu importe global e carácter estimativo para a distribución dos créditos en categorías económicas, excepto os correspondentes a gastos de persoal e capital que, en todo caso, teñen carácter limitativo e vinculante pola súa contía total.

Nos supostos en que sexan necesarias variacións no orzamento, estas serán autorizadas:

- Pola persoa titular da consellería competente en materia de facenda, por proposta da dirección de cada axencia autonómica, nos casos de variacións da contía global do orzamento, así como daquelas que afecten gastos de persoal e de capital.
- Pola persoa titular da dirección da axencia autonómica, logo de informe favorable da comisión de control e sempre que existan garantías suficientes da súa efectividade e do correspondente equilibrio orzamentario, dando conta, con posterioridade, á consellería competente en materia de facenda, nos seguintes casos:
 - As restantes variacións por encima do inicialmente orzado.
 - Variacións na contía global, se concorren dous requisitos:
 - que sexan financiadas con algún dos recursos mencionados nas letras b), e), f) e g) do artigo 82 da LOFAXGA, é dicir, con ingresos propios que perciban como contraprestación polas actividades que

realicen en virtude de contratos, convenios ou disposicións legais para outras entidades públicas ou privadas ou persoas físicas; con achegas voluntarias, doazóns, herdanzas, legados e demais achegas a título gratuito de entidades privadas e particulares; con ingresos recibidos de persoas físicas e xurídicas como consecuencia do patrocinio de actividades ou instalacións; ou con outros ingresos de dereito público ou privado que estean autorizadas a percibir.

- que se destinen directamente a fins da axencia con dotación orzamentaria.

Non se poderán adquirir compromisos de gasto que se estendan a máis de catro exercicios, e o gasto que se lle impute a cada un deles non poderá superar a cantidade que resulte de aplicarlle ao importe total de cada programa, excluídos o capítulo de persoal e os restantes créditos que teñan carácter vinculante, as seguintes porcentaxes: o 70 % no exercicio inmediato seguinte, o 60 % no segundo, e o 50 % nos exercicios terceiro e cuarto.

No entanto, o Consello da Xunta, por proposta da Consellería de Facenda, poderá modificar estas porcentaxes e importes, así como modificar o número de anualidades, nos casos especialmente xustificados por petición da correspondente consellería e despois dos informes que se consideren oportunos e, en todo caso, do da dirección xeral competente en materia de orzamentos.

En canto ao remanente de tesouraría non afectado, a dirección da axencia poderá acordar incorporalo ao orzamento do exercicio seguinte, logo de informe preceptivo e vinculante da Dirección Xeral de Orzamentos, que se pronunciará respecto dos seus efectos sobre a estabilidade orzamentaria, e dando conta deste acordo á comisión de control.

O artigo 84 da LOFAXGA prohibe para as axencias públicas autonómicas o recurso ao endebedamento a longo prazo, excepto que o autorice expresamente unha norma con rango de lei, e engade que na Lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de cada exercicio se autorizará o límite máximo do endebedamento a curto prazo.

O réxime económico-financeiro das axencias públicas autonómicas, no non previsto na LOFAXGA, será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 85 LOFAXGA). En particular, corresponderalle á Intervención Xeral da Comunidade Autónoma: a) Establecer os criterios que precise a aplicación da normativa contable ás axencias públicas autonómicas e b) Exercer o control interno da actividade económico-financeira das axencias públicas autonómicas.

As subvencións establecidas ou xestionadas polas axencias autonómicas rexeranse polo establecido no artigo 3.1 da Lei 9/2007, do 3 de xuño, de subvencións de Galicia, e pola normativa que a desenvolva (artigo 86 LOFAXGA).

Finalmente, o artigo 87 da LOFAXGA establece que nas axencias públicas autonómicas se constituirá unha comisión de control, baixo a dependencia orgánica do consello reitor. En todo caso, estará integrada por un representante da consellería competente en materia de facenda, un representante da axencia pública autonómica, un representante da consellería de adscrición e un representante da consellería competente en materia de avaliación e reforma administrativa.

Corresponde á comisión de control informar o consello reitor sobre a execución do contrato de xestión e, en xeral, sobre todos aqueles aspectos relativos á xestión económico-financeira que deba coñecer o propio consello e que se determinen no estatuto de cada axencia.

3.3.- AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS

3.3.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

As entidades públicas empresariais son entes instrumentais aos cales se lles encomenda a realización, segundo os criterios de xestión empresarial, de actividades prestacionais, de xestión de servizos públicos ou de produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación (artigo 89 LOFAXGA).

A súa organización e o seu réxime xurídico interno regularanse polo dereito administrativo, e o seu réxime xurídico externo polo dereito privado, excepto no exercicio das potestades administrativas que teñan atribuídas e nos aspectos especificamente previstos en normas con rango de lei.

3.3.2.- FUNCIONAMENTO

De conformidade co artigo 91 da LOFAXGA, a actividade das entidades públicas empresariais desenvolverase de acordo co plan anual de actuación de cada unha delas, que será aprobado por orde da consellería de adscrición, dentro do marco do programa plurianual desta última, logo de informe favorable da consellería competente en materia de facenda, de acordo co establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia.

O contido do plan de actuación determinarase regulamentariamente e deberá incluír, en todo caso:

1. Os obxectivos e resultados que deban ser alcanzados polo organismo.

Os recursos persoais, materiais e orzamentarios necesarios para a consecución dos obxectivos e resultados fixados.

3.3.3.- PERSOAL

O persoal das entidades públicas empresariais suxeitarase ao réxime previsto no artigo 58 da LOFAXGA.

3.3.4.- FINANCIAMENTO

As entidades públicas empresariais fináncianse, segundo o artigo 92 da LOFAXGA, preferentemente cos ingresos propios que perciban como contraprestación polas actividades que poidan realizar en virtude de contratos, convenios ou disposicións legais para outras entidades públicas ou privadas ou persoas físicas.

Excepcionalmente, cando así o estableza a lei que autorice a súa creación, financiaranse coas transferencias consignadas nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia.

3.3.5.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO E DE CONTROL

O réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control das entidades públicas empresariais será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 93 LOFAXGA).

Ademais, as entidades públicas empresariais estarán sometidas a un control de

eficacia no cumprimento do seu plan de actuación, que será exercido pola consellería de adscrición (artigo 94 LOFAXGA).

Este control terá por obxecto comprobar o grao de cumprimento dos obxectivos fixados e a adecuada utilización dos recursos que lles fosen asignados para a consecución destes obxectivos.

O control do cumprimento dos compromisos específicos que, se for o caso, asumise a entidade pública empresarial nun convenio ou contrato-programa corresponderalle á comisión de seguimento regulada no propio convenio ou contrato-programa, sen prexuízo dos posibles controis previstos na lexislación orzamentaria.

3.4.- OS CONSORCIOS

3.4.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia poderá constituír, mediante convenio, consorcios con outras administracións públicas para a xestión de servizos da súa competencia ou para a consecución de fins de interese común, así como con entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan fins de interese público concorrentes cos da Xunta de Galicia, para a realización destes.

Segundo o artigo 95 da LOFAXGA, teñen a consideración de consorcios autonómicos aqueles consorcios en que a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, directamente ou a través das entidades instrumentais, achegase maioritariamente os medios necesarios para a súa constitución e funcionamento ou se comprometese, no momento da súa constitución, a financiarlos maioritariamente, sempre que a actuación dos seus órganos de dirección e goberno estea suxeita ao poder de decisión da Administración xeral da Comunidade Autónoma ou doutra entidade instrumental.

Os consorcios autonómicos son entidades instrumentais da Administración xeral da Comunidade Autónoma dotadas de personalidade xurídica propia, que suxeitan a súa actividade ás normas que rexen a organización, o funcionamento e a actuación das administracións públicas, así como ao establecido no seu convenio de creación e no seu estatuto.

Nos seus estatutos determinarán a consellería de adscrición, os seus fins, así como

as particularidades do seu réxime orgánico, funcional e financeiro. En todo caso, deberá garantirse a presenza maioritaria do sector público, nos órganos dos cales se dote o consorcio.

Para a xestión dos servizos que se lle encomenden poderá utilizarse calquera das formas previstas na lexislación aplicable ás administracións consorciadas.

3.4.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN E DISOLUCIÓN

Segundo o artigo 96 da LOFAXGA, a proposta de convenio de constitución do consorcio e dos seus estatutos será formulada pola consellería á cal vaia quedar adscrito, despois de negociación coas demais administracións públicas e entidades con que se pretenda constituír o consorcio, e irá acompañada dunha memoria en que se precisarán os aspectos previstos no artigo 54.2 da LOFAXGA e dun plan plurianual de actuación co contido establecido no artigo 54.6 da LOFAXGA. Por acordo do Consello da Xunta autorizarase a sinatura do convenio de constitución. Cando os consorcios vaian quedar adscritos a un órgano dependente da presidencia, corresponderalle a este a tramitación do convenio.

Finalmente, o Consello da Xunta aprobará, mediante decreto, a constitución do consorcio e dos seus estatutos, por proposta da consellería á cal se fai referencia no punto anterior.

A modificación dos estatutos levarase a cabo por decreto do Consello da Xunta, despois do acordo do órgano competente do consorcio, por proposta da consellería de adscrición.

Os estatutos establecerán as causas de disolución do consorcio, que requirirá decreto do Consello da Xunta de Galicia, despois do acordo do órgano competente do consorcio.

Estableceranse regulamentariamente o procedemento e as regras que se deberán observar para a constitución dos consorcios autonómicos e para a elaboración dos seus estatutos, así como para a súa modificación e disolución.

3.4.3.- FUNCIONAMENTO

O estatuto de cada consorcio autonómico determinará os seus fins, así como o seu

réxime orgánico e funcional (artigo 97 LOFAXGA).

Os órganos colexiados de goberno dos consorcios autonómicos estarán integrados por representantes de todas as administracións públicas e entidades consorciadas, na proporción que se fixe no estatuto respectivo, garantindo, en todo caso, o voto maioritario da representación da Xunta de Galicia en todos os órganos colexiados de que se dote o consorcio.

Para a xestión dos servizos que se lles encomenden, os consorcios autonómicos poderán utilizar calquera das formas de xestión dos servizos públicos previstas polo ordenamento xurídico.

Ademais, os consorcios poderán exercer por delegación competencias e potestades administrativas das administracións consorciadas se así o recoñecen os seus estatutos.

3.4.4.- PERSOAL

O persoal dos consorcios autonómicos suxeitarase ao réxime previsto no artigo 58 da LOFAXGA, que xa foi obxecto de análise no punto 3.4.1 do presente tema.

3.4.5.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO E DE CONTROL

O réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control dos consorcios autonómicos será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 99 LOFAXGA).

En canto ao remanente de tesouraría non afectado, a dirección do consorcio poderá acordar a súa incorporación ao orzamento do exercicio seguinte, logo de informe preceptivo e vinculante da Dirección Xeral de Orzamentos, que se pronunciará respecto dos seus efectos sobre a estabilidade orzamentaria.

Finalmente, deberá terse en conta que segundo a disposición adicional oitava da LOFAXGA, aqueles consorcios en que participe a Comunidade Autónoma que non teñan a consideración de autonómicos rexeranse pola súa lexislación específica, sen prexuízo de que, en caso de que estean participados ou sexan financiados maioritariamente polo sector público da Comunidade Autónoma de Galicia, o seu réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia, respectando a

regulación que lles resulte aplicable ás demais entidades que participen no consorcio.

4.- ENTIDADES INSTRUMENTAIS CON PERSONALIDADE XURÍCO-PRIVADA

4.1.- SOCIEDADES MERCANTÍS AUTONÓMICAS

4.1.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

O artigo 102 da LOFAXGA define as sociedades mercantís públicas autonómicas como as sociedades mercantís, calquera que sexa a forma que adopten, en cuxo capital social sexa maioritaria a participación directa ou indirecta da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades instrumentais reguladas nesta lei.

E engade que serán de aplicación as disposicións contidas na LOFAXGA ás sociedades mercantís que, sen teren a natureza de sociedades mercantís autonómicas, se encontren nalgún dos seguintes supostos:

- Que a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou as entidades instrumentais dispoñan da maioría dos dereitos de voto na sociedade, ben directamente ben mediante acordos con outros socios.
- Que a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou as entidades instrumentais reguladas nesta lei teñan dereito a nomear ou a separar a maioría dos membros dos órganos de goberno da sociedade, ben directamente ben mediante acordos con outros socios.

A Xunta de Galicia poderá participar no capital das sociedades mercantís, calquera que sexa a súa forma ou obxecto social, cando o Consello da Xunta, logo do informe da Consellería de Facenda, o considere conveniente para o cumprimento de finalidades concretas de política económica. Excepto o disposto por normas especiais, a participación da Xunta non será inferior ao 10 % nin superior ao 50 % do capital social das ditas sociedades.

As sociedades mercantís autonómicas rexeranse, calquera que sexa a súa forma xurídica, polo ordenamento xurídico privado, sen prexuízo do establecido na LOFAXGA, na lexislación de contratos do sector público, na normativa de subvencións e nas especialidades previstas no resto da normativa aplicable sen que, en ningún caso, poidan dispor de facultades que impliquen o exercicio de potestades administrativas (artigo 103

LOFAXGA).

4.1.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN E DISOLUCIÓN

Segundo o artigo 101 da LOFAXGA, corresponderalle á persoa titular da consellería competente por razón da materia ou ao órgano da presidencia competente por razón da materia:

- a) A iniciativa para a creación de sociedades mercantís autonómicas.
- b) A iniciativa de realizar algunha actuación cuxo resultado sexa a conversión nunha sociedade mercantil autonómica dunha entidade previamente existente no sector privado.

A constitución das sociedades mercantís autonómicas deberá ser autorizada, de conformidade co artigo 104 da LOFAXGA, polo Consello da Xunta de Galicia, por proposta da consellería competente en materia de facenda, logo de iniciativa da consellería ou da entidade interesada, de acordo co disposto na lexislación mercantil que resulte aplicable.

Xunto coa proposta de acordo de constitución, elevaranse ao Consello da Xunta o texto dos estatutos da sociedade que se pretenda constituír, unha memoria en que se precisarán os aspectos previstos no artigo 54.2 da LOFAXGA e un plan plurianual de actuación co contido establecido no artigo 54.6 da LOFAXGA.

O acordo de autorización da constitución da sociedade, adoptado polo Consello da Xunta, aprobará tamén os estatutos societarios, que se publicarán no *Diario Oficial de Galicia* e por medios electrónicos na páxina institucional da Xunta de Galicia.

As modificacións estatutarias requirirán autorización do Consello da Xunta de Galicia, por proposta da consellería competente en materia de facenda, logo de iniciativa da consellería ou da entidade interesada, con carácter previo á aprobación dos acordos sociais que deban adoptarse segundo a lexislación mercantil.

Por último, e tal e como debe constar nos seus estatutos, a transformación, fusión, escisión e disolución das sociedades mercantís autonómicas requirirán autorización do Consello da Xunta, por proposta da consellería competente en materia de facenda, logo de iniciativa da consellería ou da entidade interesada, con carácter previo á aprobación dos acordos sociais que deberán adoptarse segundo a lexislación mercantil. En caso de

disolución, o Consello da Xunta determinará, se for o caso, o destino do haber social (artigo 105 LOFAXGA).

4.1.3.- FUNCIONAMENTO

O exercicio dos dereitos que lle correspondan á Administración autonómica de Galicia como partícipe nas sociedades mercantís autonómicas corresponderalle ao órgano directivo competente en materia de patrimonio, sen prexuízo de que a persoa titular deste poida delegar ese exercicio nun representante dunha consellería ou dunha entidade instrumental da Comunidade Autónoma de Galicia, co alcance e coa extensión que se determinen en cada caso (artigo 106 LOFAXGA).

Ademais, o artigo 107 da LOFAXGA exige que no acordo do Consello da Xunta de autorización de constitución se determine a consellería ou a entidade instrumental da Comunidade Autónoma de Galicia á cal estará adscrita a sociedade mercantil autonómica para os efectos de exercer a súa tutela funcional. Na falta de adscrición expresa, o exercicio das facultades relativas á supervisión da súa actividade corresponderalle ao órgano directivo da Administración autonómica competente en materia de patrimonio.

Non será preciso acordo expreso para os cambios de adscrición que sexan consecuencia dos procesos de reestruturación do patrimonio empresarial na forma prevista na lexislación de patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.

A consellería ou entidade que exerza a tutela funcional levará tamén a cabo o control de eficacia das sociedades mercantís autonómicas que teña adscritas, sen prexuízo das atribucións que lle correspondan á consellería competente en materia de facenda. A persoa titular da consellería que exerza directamente a tutela, ou daquela á cal estea adscrita a entidade que a exerza, será responsable de dar conta ao Parlamento de Galicia das actuacións levadas a cabo neste ámbito.

Os representantes da Administración autonómica nas sociedades mercantís serán designados pola persoa titular do órgano directivo da Administración autonómica competente en materia de patrimonio, por proposta da persoa titular da consellería, ou da Presidencia, da entidade de adscrición, e deberán cumprir as instrucións que, para o adecuado exercicio dos dereitos inherentes á titularidade das accións, considere oportuno

impartirlles a persoa titular da consellería, ou da Presidencia da entidade de adscrición (artigo 108 LOFAXGA).

En canto aos administradores das sociedades mercantís autonómicas, o artigo 109 da LOFAXGA establece:

- En caso de que se lles impartisen instrucións para operacións concretas ás cales se refire a Lei xeral de patrimonio das administracións públicas, deberán actuar diligentemente para a súa execución.
- Se do cumprimento destas instrucións derivan consecuencias lesivas, quedarán exonerados da responsabilidade prevista na lexislación mercantil nos mesmos termos establecidos para os administradores das sociedades mercantís estatais na lexislación xeral de patrimonio das administracións públicas.
- Non estarán afectados pola prohibición establecida pola lexislación mercantil de que sexan administradores os funcionarios ao servizo da Administración pública con funcións ao seu cargo que se relacionen coas actividades propias das sociedades das que se trate, nos mesmos termos previstos para os administradores das sociedades mercantís estatais na lexislación xeral de patrimonio das administracións públicas.

Ademais, en garantía dunha maior transparencia na xestión das sociedades mercantís autonómicas, de conformidade co artigo 112 da LOFAXGA, estas difundirán mediante a internet toda a información relevante, relativa á súa actividade empresarial, que pola súa natureza non teña carácter reservado e, en particular, os seus estatutos; os integrantes dos seus órganos de administración, dirección, xestión e control; os poderes e as delegacións conferidos por estes; as contas anuais; os códigos de conduta ou as guías de boas prácticas que deban observar e a identificación da parte da súa actividade vinculada a servizos de interese xeral.

Así mesmo, deberán publicar na súa páxina web:

- As instrucións internas de contratación, así como os anuncios relativos aos procedementos de contratación segundo o previsto nas ditas instrucións.
- Toda a información relativa aos procesos de contratación de persoal, en particular:

- As bases íntegras dos procesos selectivos de persoal temporal ou fixo.

Todos os anuncios e todas as resolucións que se produzan nos procesos selectivos de persoal, coa información necesaria para que os interesados poidan efectuar as reclamacións pertinentes.

As listas de contratación temporal por categorías profesionais debidamente actualizadas.

As composicións dos tribunais e das comisións de selección de persoal.

4.1.4.- PERSOAL

De conformidade co artigo 110 da LOFAXGA, o persoal das sociedades mercantís autonómicas rexerase polo establecido na disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público, na normativa autonómica que a desenvolva e polas seguintes regras:

- Todas as sociedades mercantís autonómicas disporán dun cadro de persoal que incluírá os postos do persoal directivo, que será aprobado polo órgano competente de acordo cos estatutos societarios, logo de informe favorable dos órganos directivos da Administración autonómica competentes en materia de orzamentos e de función pública.
- Á selección do seu persoal incluído no dito cadro, excepto o directivo, seranlle de aplicación as disposicións da lexislación galega sobre emprego público relativas a: composición e funcionamento dos tribunais ou comisións de selección; bases das convocatorias e probas de selección.
- Poderanse celebrar contratos laborais de duración determinada, despois da convocatoria mediante anuncio público e da designación dunha comisión de selección. A selección deste persoal realizarase entre as persoas incluídas nas listas da Administración autonómica ou, se for o caso, a través dos servizos públicos de emprego. Alternativamente, as sociedades mercantís autonómicas poderán, excepcionalmente, acollerse a un sistema de listas previo por

categorías, contando coa autorización do centro directivo competente en materia de función pública e despois da negociación coas organizacións sindicais representativas no ámbito da función pública.

- A contratación de persoal directivo poderá levarse a cabo mediante contratos de alta dirección nos supostos previstos na normativa laboral, con suxeición aos principios de publicidade, concorrência, mérito e capacidade, entre persoas que demostren a súa cualificación profesional. A fixación das retribucións deste persoal e das indemnizacións que lle poidan corresponder deberá contar cun informe previo favorable da consellería competente en materia de facenda.
- Os instrumentos polos que se regulen as condicións de traballo do persoal, a subscripción dos convenios colectivos, as ofertas de emprego e as bases das convocatorias de contratación de persoal establecidas nos puntos anteriores serán aprobados polo órgano competente de acordo cos estatutos societarios, e requirirán, en todo caso, informe previo e favorable dos centros directivos competentes en materia de orzamentos e de función pública.

4.1.5.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO E DE CONTROL

O réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control das sociedades mercantís autonómicas será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 103 LOFAXGA).

Ademais, as sociedades mercantís autonómicas que, de acordo coa normativa aplicable, estean obrigadas a someter as súas contas a auditoría deben constituír unha comisión de auditoría e control, dependente do consello de administración, coa composición e coas funcións que se determinen nos estatutos de cada sociedade (artigo 111 LOFAXGA).

4.2.- FUNDACIÓNS DO SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO

4.2.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO

De conformidade co artigo 113 da LOFAXGA, son fundacións do sector público autonómico aquelas fundacións en que concorra algunha das seguintes circunstancias:

- a) Que se constituán, directa ou indirectamente, cunha achega maioritaria ou exclusiva da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e/ou das entidades integrantes do sector público autonómico.
- b) Que o seu patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, estea formado en máis dun 50 % por bens e dereitos aportados ou cedidos polas referidas entidades.
- c) Que os seus ingresos proveñan maioritariamente dos orzamentos da Comunidade Autónoma sempre que, neste caso, se posúa a maioría ou se exerza control análogo sobre os seus órganos de goberno e dirección.

O financiamento que as fundacións reciban da Administración da Comunidade Autónoma ou das entidades integrantes do sector público, xa sexa mediante concerto, convenio ou contraprestación por prestación de servizos en xeral, así como mediante concesión de subvencións, non determina por esta soa circunstancia o carácter de fundación do sector público, sen prexuízo da súa condición de poder adxudicador para os efectos do réxime xurídico contractual.

Na constitución, así como na adquisición do carácter de fundación do sector público autonómico dunha fundación preexistente, será necesario que a designación da maioría dos membros do padroado lle corresponda á Administración pública autonómica.

En canto ao seu réxime xurídico, de acordo co artigo 115 da LOFAXGA, as fundacións do sector público da Comunidade Autónoma non poderán exercer potestades públicas. Só poderán realizar actividades relacionadas co ámbito competencial das entidades fundadoras, e deberán contribuír á consecución dos seus fins, sen que isto supoña a asunción da titularidade das súas competencias, excepto previsión legal expresa.

O protectorado destas fundacións será exercido polo departamento da Xunta de Galicia que exerza as competencias correspondentes aos fins da fundación.

4.2.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN E DISOLUCIÓN

Segundo o artigo 101 da LOFAXGA, corresponderalle á persoa titular da consellería competente por razón da materia ou ao órgano da Presidencia competente por razón da materia:

- A iniciativa para a creación de fundacións do sector público autonómico.
- A iniciativa de realizar algunha actuación cuxo resultado sexa a conversión nunha fundación do sector público autonómico dunha entidade previamente existente no sector privado.

De conformidade co artigo 114 da LOFAXGA, autorizarase por acordo do Consello da Xunta:

- a) A constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión e extinción das fundacións do sector público da Comunidade Autónoma.
- b) Os actos que impliquen a perda do seu carácter de fundación do sector público autonómico, ou a adquisición de tal carácter por unha fundación preexistente.
- c) O contido dos estatutos, a designación da persoa ou as persoas que deban actuar no acto de constitución, así como os membros que, en representación da Xunta de Galicia, formen parte do padroado.

No expediente de autorización incluírase unha memoria, que deberá ser sometida ao informe do departamento da Xunta de Galicia que exerza as competencias correspondentes aos fins da fundación, en que se xustifiquen suficientemente as razóns de por qué se considera que existirá unha mellor consecución dos fins de interese xeral perseguidos a través dunha fundación que mediante outras formas xurídicas previstas na normativa vixente.

Deberá presentarse, ademais, unha memoria económica, que requirirá o informe da consellería competente en materia de facenda, na cal se precisarán os aspectos previstos no artigo 54.2 da LOFAXGA, e un plan plurianual de actuación co contido establecido no

artigo 54.6 da LOFAXGA.

O Parlamento poderá exercer o control da creación deste tipo de fundacións, nos termos establecidos no seu regulamento, dentro do control da acción da Xunta de Galicia.

4.2.3.- PERSOAL

Á contratación de persoal laboral fixo ao servizo das fundacións do sector público autonómico seranlle de aplicación as disposicións da lexislación galega sobre emprego público e as normas regulamentarias que a desenvolvan, relativas a: a) Composición e funcionamento dos tribunais ou das comisións de selección; b) Bases das convocatorias e c) Probas de selección (artigo 116 LOFAXGA).

No resto da súa actividade contractual estas fundacións actuarán conforme os principios e disposicións aplicables da lexislación estatal e autonómica en materia de contratos do sector público (artigo 117 LOFAXGA).

4.2.4.- RÉXIME ORZAMENTARIO, ECONÓMICO E DE CONTROL

O réxime orzamentario, económico-financeiro, de contabilidade e de control das fundacións do sector público autonómico será o establecido pola lexislación de réxime financeiro e orzamentario da Comunidade Autónoma de Galicia (artigo 118 LOFAXGA).

- Ademais, o artigo 119 da LOFAXGA exige que as fundacións do sector público autonómico que, de acordo coa normativa aplicable, estean obrigadas a someter as súas contas a auditoría, constitúan unha comisión de auditoría e control, dependente do padroado, coa composición e coas funcións establecidas polos estatutos de cada fundación.

En materia de subvencións, seranlles aplicables na súa integridade os principios previstos na lexislación xeral sobre subvencións (artigo 120 LOFAXGA).

5.- OUTROS ORGANISMOS PÚBLICOS

A disposición adicional sexta da LOFAXGA, baixo o título “Réxime xurídico de determinados organismos”, establece as seguintes precisións:

1. O Servizo Galego de Saúde rexerase polo establecido na Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia, e, no non previsto nela, pola LOFAXGA.

2. As entidades instrumentais adscritas á Consellería de Sanidade e ao Servizo Galego de Saúde rexeranse por esta lei, excepto no relativo ao persoal e aos elementos da súa organización, que se rexerán polo disposto na Lei 8/2008, do 10 de xullo, e pola súa normativa específica. A Xunta de Galicia exercerá, respecto destes organismos, as facultades que a súa propia normativa lle asigne, se for o caso, con estrito respecto aos seus correspondentes ámbitos de autonomía.
3. As entidades públicas instrumentais de consulta ou asesoramento ás cales, a partir da entrada en vigor da LOFAXGA, se lles recoñeza expresamente por unha lei a independencia funcional ou unha especial autonomía respecto da Xunta de Galicia, rexeranse pola súa normativa específica nos aspectos precisos para facer plenamente efectiva a dita independencia ou autonomía. Nos demais aspectos axustarán a súa regulación ás prescricións da LOFAXGA relativas aos organismos autónomos.

5.- AS FUNDACIÓNS DE INTERESE GALEGO

5.1.- CONCEPTO E RÉXIME XURÍDICO DAS FUNDACIÓNS

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN definen a fundación como “A persoa xurídica que nace cando se destinan bens ao cumprimento dun fin de interese público dun modo permanente e estable». Son tres, pois, os elementos esenciais da fundación:

- Masa de bens ou dotación patrimonial.
- Un fin de interese público, establecido na acta fundacional.
- Unha organización establecida ao servizo dese fin.

As fundacións, segundo o suxeito que as crea, particulares ou entidades públicas, poden ser, respectivamente, privadas ou públicas.

A Constitución española, no artigo 34.1, recoñece o dereito de fundación para fins de interese xeral, de acordo coa lei. Así mesmo, o artigo 53.1 do texto constitucional reserva á Lei a regulación do exercicio dos dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo segundo do título I, entre os cales se encontra o de fundación.

Pola súa parte, o Estatuto de autonomía de Galicia, no seu artigo 27, punto 26,

establece a competencia exclusiva á Xunta de Galicia relativa ás fundacións de interese galego. En uso da súa competencia exclusiva sobre a materia, a Comunidade Autónoma de Galicia regulou primeiramente as fundacións a través da Lei 7/1983, do 22 de xuño, que foi posteriormente modificada pola Lei 11/1991, do 8 de novembro, e así mesmo, pola Lei 3/2002, do 29 de abril.

Estas normas foron substituídas pola Lei 12/2006, do 1 decembro, de fundacións de Galicia, desenvolvida pola súa vez polo Decreto 14/2009, do 21 xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de fundacións de interese galego, e polo Decreto 15/2009, polo que se aproba o Regulamento de Rexistro de Fundacións de Interese Galego.

A Lei 12/2006 ten por obxecto regular as fundacións competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, coa finalidade de promover, estimular e protexer estas entidades no seu territorio ao consideralas un instrumento útil de participación da sociedade galega na acción social, cultural, científica e doutros ámbitos. Para iso somete as fundacións á tutela e protección dos poderes públicos en garantía de cumprimento da vontade dos seus fundadores, plasmada na realización de actividades de interese xeral.

En efecto, a lei define as fundacións de interese galego como *"aquelas organizacións constituídas sen fin de lucro que, por vontade dos seus creadores, teñan afectado de modo duradeiro o seu patrimonio á realización de fins de interese xeral para Galicia e desenvolvan principalmente as súas actividades e teñan o seu domicilio no territorio da comunidade autónoma"*.

As fundacións amparadas pola lei deben perseguir por tanto, necesariamente, fins de interese xeral que o propio texto legal sinala con carácter meramente enunciativo ("como poden ser") nunha extensa lista. Así, entre outros que se citan, están os de defensa dos dereitos humanos, a asistencia social, fins cívicos, educativos, culturais, científicos, deportivos, sanitarios, laborais, de cooperación para o desenvolvemento, de promoción do voluntariado, de apoio á igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, de defensa do medio natural de Galicia, de desenvolvemento da economía produtiva de Galicia, de promoción e de atención ás persoas en risco de exclusión por razóns físicas, sociais ou culturais, de defensa dos principios democráticos, etc (...).

As fundacións pódense constituír por actos *inter vivos*, mediante escritura pública,

ou *mortis causa*, mediante disposición testamentaria.

O goberno da fundación encoméndaselle a un padroado que asume a súa representación. As súas funcións esenciais son as de cumprir os fins fundacionais e administrar os bens e dereitos que integran o patrimonio da fundación, mantendo o seu rendemento e a súa utilidade.

O padroado é un órgano colexiado que estará integrado polo número de membros que determinen os seus estatutos, cun mínimo de tres, e que contará cun presidente a quen lle corresponde presidir as reunións do padroado e dirixir os debates, así como, con carácter xeral, representar a fundación ante todo tipo de persoas ou entidades.

O cargo de patrón terá a duración que se estableza nos estatutos ou carta fundacional.

O padroado conta tamén cun secretario, cargo que pode ser desempeñado por unha persoa allea a aquel, ben que, neste caso, terá voz pero non voto, e é a quen corresponde a certificación dos acordos do padroado co visto e prace do presidente.

O fundador ou fundadores que sexan persoas físicas poderán reservar para si, con carácter vitalicio, o exercicio de todas as competencias asignadas ao órgano de goberno da fundación. Neste caso, a persoa fundadora deberá exercer as súas funcións dando conta previamente ao padroado quen, chegado o caso, pode exercer a acción de responsabilidade fronte a aquel.

Poderán ser membros do padroado tanto as persoas físicas como as xurídicas. As primeiras deben ter plena capacidade de obrar e non ter sido inhabilitadas para o exercicio de cargos públicos. No suposto de persoas xurídicas, estas deberán nomear a persoa ou persoas físicas que os representen no padroado.

O padroado, se así o prevén os estatutos, poderá crear tanto comisións para temas especializados, integradas por un determinado número dos seus membros, así como crear outros órganos, como consellos asesores e de estudo, para o mellor desenvolvemento das súas funcións.

Os patróns responden solidariamente fronte á fundación dos danos e perdas que causen por actos contrarios á lei ou aos estatutos, ou polos actos realizados sen a

dilixencia con que deben desempeñar o cargo.

A lei tamén regula o patrimonio da fundación, que está administrado polo padroado e que está integrado por todos os bens, dereitos e obrigacións susceptibles de valoración económica que integren a dotación, así como por aqueles que adquira a fundación con posterioridade á súa constitución, se afecten ou non á dotación.

Por outro lado, o alleamento e o gravame dos bens e dereitos que formen parte da dotación ou estean directamente vinculados ao cumprimento dos fins fundacionais (por declaración de vontade expresa do fundador, do padroado da fundación ou da persoa física ou xurídica que realice unha contribución voluntaria), así como aqueles cuxo importe, con independencia do seu obxecto, sexa superior ao 20 % do activo da fundación que resulte do último balance aprobado, deberán ser comunicados polo padroado ao protectorado no prazo máximo dun mes, contado desde o día seguinte ao da súa realización.

As fundacións fináncianse cos rendementos que proveñan do seu patrimonio ou daqueles procedentes de axudas, subvencións, doazóns, herdanzas e legados, realizados por persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas. En calquera caso, o destino dos seus ingresos, ao menos ata un 70%, deberá ser a realización dos fins fundacionais.

As súas contas anuais deberán ser aprobadas polo padroado dentro dos seis meses seguintes á data de peche do exercicio e deben someterse a auditoría externa en determinados supostos, en función de factores tales como o volume anual de ingresos por actividade ou o número de empregados durante o exercicio supere os 50.

A lei prevé tamén outras situacións como as de modificación dos estatutos, fusión, escisión e extinción da fundación; este último suposto producirase:

- Cando finalice o prazo polo que foi constituída.
- Cando se realizase integramente o fin fundacional.
- Cando sexa imposible realizar o fin fundacional.
- Cando así resulte da fusión e da escisión da fundación.

- Cando concorra calquera outra causa prevista no acto constitutivo, nos estatutos ou nas leis.

Aos bens e dereitos resultantes da liquidación dunha fundación extinguida daráselles o destino previsto polo fundador ou decidido polo padroado cando teña recoñecida esta facultade na carta fundacional. Se non existe previsión do fundador nin facultade do padroado, corresponderá ao protectorado destinar tales bens e dereitos ás fundacións, entidades non lucrativas privadas ou entidades públicas que persigan fins de interese xeral, que desenvolvan principalmente as súas actividades en Galicia e teñan afectados os seus bens, incluso no suposto de disolución, á consecución de tales fins.

5.2.- O PROTECTORADO DA XUNTA DE GALICIA SOBRE AS FUNDACIÓNS DE INTERESE GALEGO

O protectorado da Xunta de Galicia constitúese legalmente como órgano administrativo de asesoramento, apoio técnico e control das fundacións, que vela polo exercicio correcto do dereito de fundación e pola legalidade da súa constitución e funcionamento.

O protectorado é exercido polos departamentos da Xunta de Galicia que teñan atribuídas as competencias correspondentes aos fins das fundacións, salvo se as competencias sobre os fins fundacionais estivesen atribuídas a varios departamentos da Xunta de Galicia, caso en que o protectorado será exercido polo departamento competente na materia.

Son funcións do protectorado, entre outras:

- Asesorar as fundacións que se encontren en proceso de constitución sobre a normativa aplicable ao dito proceso e as fundacións xa inscritas sobre aquelas cuestións que se refiren tanto ao seu réxime xurídico, económico-financeiro e contable como ás actividades que é necesario realizar en cumprimento dos seus fins.

- Velar polo cumprimento adecuado dos fins fundacionais de acordo coa vontade do fundador e tendo en conta a consecución do interese xeral, así como interpretar, suplir e integrar a vontade do fundador cando sexa necesario, conforme a lei.

- Velar pola integridade, pola suficiencia e polo rendemento do patrimonio

fundacional e verificar se os recursos económicos das fundacións foron aplicados para cumprir os fins fundacionais, nos termos previstos nos estatutos e na lexislación vixente.

- Exercer provisionalmente as funcións do padroado se por calquera motivo faltan todas as persoas chamadas a integralo, así como, nos supostos de intervención temporal acordados polo órgano xudicial competente, designar novos membros do padroado ou, nos casos establecidos na lexislación, instar a extinción da fundación.

- Garantir a legalidade das modificacións estatutarias, fusións e extincións das fundacións, instando, de ser o caso, as accións xudiciais correspondentes.

- Impugnar os actos e acordos do padroado contrarios ao ordenamento xurídico vixente, ao establecido nos estatutos ou ao interese xeral.

- Controlar o proceso de liquidación das fundacións.

- Resolver as solicitudes de autorización ou aprobación que, consonte o disposto na lei, a precisen.

6- AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO DE GALICIA

6.1.- CARACTERIZACIÓN XERAL

Enténdese por corporacións as entidades de dereito público constituídas pola asociación de persoas que perseguen fins comúns en razón da súa profesión ou actividade. Son organizacións privadas que, con todo, están tuteladas pola Administración en razón do interese público que presentan algunhas das actividades que levan a cabo, que as dota así de personalidade xurídica-pública.

En definitiva, a través desta fórmula corporativa o Estado, debido á conexión dos intereses da corporación cos intereses públicos, acolle estes entes no seu ámbito organizativo, regulándoos por lei e outorgándolles competencias administrativas que exercen por delegación daquel. As corporacións, en xeral, están suxeitas ao dereito privado, salvo cando se trata do exercicio de facultades que exercen por delegación, caso en que se someten ao dereito administrativo (representación externa, control de normas constitutivas e regulamentarias e da legalidade dos acordos que adoptan etc.).

Unha das cuestións máis controvertidas sobre as corporacións de dereito público é a

da súa natureza xurídica. As posturas doutrinais neste sentido van desde os que as consideran persoas xurídico-públicas, integradas por tanto na propia Administración pública (entre outros, GARRIDO FALLA), ata os que lles atribúen o carácter de corporacións sectoriais de base privada aínda que exerzan por delegación algunhas funcións públicas (entre outros, GARCÍA DE ENTERRÍA e SANTAMARÍA PASTOR). Por outra parte, existen posicións intermedias que caracterizan as corporacións como persoas xurídico-públicas, aínda que non encadradas na organización estatal e negando, por tanto, a súa condición de Administración pública (entre outros, ARIÑO ORTIZ).

Particularmente, a defensa preferente de intereses corporativos é o que levou a considerar que a cualificación que máis se adapta ás corporacións é a de entes privados. Así, SANTAMARÍA PASTOR considera preferible esta cualificación á de entes públicos por diferentes motivos:

- Porque os intereses cuxa custodia se confía a estes entes son maioritariamente intereses privados dos seus membros; o único que é de interese público é a existencia mesma destas entidades, así como determinadas funcións concretas que as normas lles asignan.
- Porque do conxunto das súas funcións só se pode considerar como pública unha parte reducida do total das que desempeñan.
- Porque só o exercicio desas funcións públicas é o que se somete ao dereito administrativo e só os actos ditados en relación con elas son susceptibles de ser impugnados ante a xurisdición contencioso-administrativa.
- Porque en todo o que non supón exercicio de tales funcións públicas, estas entidades actúan con pleno sometemento ao dereito común.

Pola súa parte, os defensores da tese pública consideran que pese á base común asociativa de todas as persoas xurídicas, perseguen fins máis amplos que as de simple interese particular ou privado e, por iso se lles conceden legalmente certas atribucións ou potestades -especie de delegación do poder público- para que poidan realizar aqueles fins e funcións, que non só interesan ás persoas asociadas ou integradas, senón ás que non o

están, pero que poden verse afectadas polas actuacións do ente.

En definitiva, a dobre natureza público-privada das funcións que desenvolven estas entidades crea unha realidade complexa, con elementos atípicos, que resulta difícil encadrar nos esquemas tradicionais.

Polo demais, en canto ás características principais das corporacións, cómpre sinalar que a pertenza a estas ten carácter obrigatorio cando se trata de exercer determinadas actividades profesionais.

A maioría das corporacións, á marxe da función pública que, como dicimos, desempeñan, defenden intereses dos seus asociados e, por tanto, intereses puramente corporativos, por iso se financian, esencialmente, coas achegas persoais que estes realizan. Isto xustifica que, en xeral, non estean suxeitas aos órganos de control financeiro propios dunha Administración pública como a Intervención ou os tribunais de contas.

Por outra parte, dispoñen dun sistema organizativo similar ao común dos entes con base asociativa. Así, contan cunha xunta xeral que coñece sobre os actos e decisións máis transcendentais da corporación (aprobación de orzamentos, aprobación de normas de funcionamento etc), unha xunta directiva que constitúe o órgano de xestión e goberno, cunha secretaría permanente, e un presidente.

No noso dereito non existe unha lei aplicable con carácter xeral a todas as corporacións, de aí que en cada caso haxa que observar a norma propia de cada unha delas e mesmo as que regulan o seu réxime interno. En todo caso, e en canto concirne á súa faceta pública, sonlles aplicables as normas xerais comúns ás administracións públicas.

O paradigma destes entes son os colexios profesionais dos cales se ocupa a Constitución no seu artigo 36 e aos que nos referiremos no seguinte punto.

6.2.- AS CORPORACIÓNS DE DEREITO PÚBLICO DE GALICIA

O artigo 27.29 do Estatuto de autonomía de Galicia refírese ás corporacións ao sinalar a competencia exclusiva da comunidade autónoma en determinadas materias entre as que cita as confrarías de pescadores, cámaras da propiedade, cámaras agrarias e cámaras de comercio, industria e navegación.

De todas as citadas só subsisten na actualidade, como tales corporacións de dereito

público, as confrarías de pescadores e as cámaras de comercio, industria e navegación.

En canto ás cámaras agrarias, a Lei 1/2006, do 5 de xuño, de normas reguladoras do Consello Agrario Galego, considerou que, á vista da grande importancia económica e social do sector agrario en Galicia e tendo en conta a inoperancia das cámaras agrarias, era necesario crear un novo órgano eficaz de participación institucional das organizacións profesionais agrarias, proceder á disolución das cámaras e regular o destino do seu persoal e patrimonio. Así o fai, declarando disoltas as cámaras agrarias provinciais, únicas subsistentes daquela, a través da súa disposición adicional terceira. Deste modo, o Consello Agrario Galego, que se crea mediante a lei, asume o papel de órgano permanente de participación, asesoramento, diálogo e consulta da Administración galega en materia agraria e desenvolvemento rural.

Pola súa parte, as cámaras da propiedade, despois de distintas vicisitudes lexislativas, entre elas o Real decreto lei 8/1994, do 5 de agosto, de supresión das cámaras oficiais da propiedade urbana e o seu consello superior como corporacións de dereito público, a lexislación básica do Estado impide que sexan reguladas polas comunidades autónomas como tales corporacións públicas, polo que hoxe se pode dicir que son unha figura definitivamente extinguida.

Trataremos a continuación as confrarías de pescadores para, no seguinte punto, expor os aspectos relativos ás cámaras de comercio, industria e navegación e aos colexios profesionais, para así completar o cadro das corporacións de dereito público existentes en Galicia.

6.3.- AS CONFRARÍAS DE PESCADORES

As confrarías de pescadores, como dicimos, son corporacións de dereito público, dotadas de personalidade xurídica e capacidade de obrar para o cumprimento dos fins e o exercicio das funcións que lles están encomendadas, que actúan como órganos de consulta e colaboración coa Administración na promoción do sector pesqueiro e representan intereses económicos e corporativos dos profesionais do sector, isto sen prexuízo da representación que posúen as organizacións de empresarios e traballadores da pesca. As confrarías poden, así mesmo, desenvolver actividades propias de organización e comercialización da produción no sector pesqueiro, marisqueiro e da

acuicultura, tal e como corresponde ás organizacións de produtores existentes no seo da Unión Europea.

O Estado transferiu as confrarías de pescadores á Comunidade Autónoma de Galicia mediante o Real decreto de traspasos 3318/1982, do 24 de xullo. A Administración do Estado reservaba para si aquelas funcións das confrarías que transcendesen do ámbito autonómico.

Actualmente, as confrarías están reguladas na nosa comunidade autónoma pola Lei 9/93, do 8 de xullo, que foi desenvolvida polo Decreto 261/2002, do 30 de xuño de 2002, polo que se aproba o actual Regulamento das confrarías.

A Lei de confrarías de pescadores foi inicialmente derogada pola disposición derogatoria única da Lei 11/2008, do 3 de decembro, de pesca de Galicia e, posteriormente, declarada novamente en vigor pola disposición derogatoria única da Lei 6/2009, do 11 de decembro, de modificación da anterior. Tal e como expresa o preámbulo da Lei 6/2009, un dos eixes fundamentais da modificación que levaba a cabo era manter e, por tanto, non derogar, entre outros, o réxime xurídico regulador das confrarías de pescadores. Significaba para iso a relevancia e organización destes entes, así como a súa demostrada eficacia e eficiencia, como razóns para manter, respecto delas, o seu réxime xurídico diferenciado.

Consolidada plenamente a súa existencia, corresponden ás confrarías de pescadores, como órganos de consulta e colaboración e de acordo co artigo 3 da lei reguladora, as seguintes funcións:

- Orientar todos os seus membros sobre as accións derivadas da aplicación da normativa concernente ao sector pesqueiro.
- Actuar como oficinas públicas, no referente á recepción, rexistro e tramitación de documentación dirixida á Administración da comunidade autónoma,.
- Promover actividades de formación dos profesionais nas actividades referidas á pesca e, así mesmo, promover a creación de servizos comúns para os seus membros.
- Servir como entidades de consulta á Administración en todas as cuestións concernentes ao sector e, en especial, na elaboración das disposicións de carácter xeral que lles sexan sometidas.

Así mesmo, correspóndenlles as funcións de:

- Xestionar as áreas da zona marítima e marítimo-terrestre que lles fosen confiadas mediante o título administrativo habilitante correspondente, expedido pola Administración competente.
- Xestionar e administrar aqueles bens patrimoniais que lles sexan cedidos por calquera das administracións públicas para o cumprimento dos seus fins.

Cando as confrarías pretendan levar a cabo, ademais das funcións anteriormente referidas, actividades de organización e comercialización da produción poderanse estruturar en dúas seccións, que se denominarán de Orientación e de Organización da Producción.

A afiliación ás confrarías de pescadores é libre. Poderán ser membros seus os armadores con base en portos existentes dentro do seu ámbito territorial e quen teña a habilitación administrativa correspondente que os faculte para o exercicio dos labores de extracción dos recursos mariños vivos.

Finalmente, cómpre sinalar que o ámbito territorial das confrarías é o que determinan os respectivos estatutos sen que, en ningún caso, poidan coincidir varias confrarías nun mesmo ámbito territorial.

7.- OS COLEXIOS PROFESIONAIS E AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN

7.1.- OS COLEXIOS PROFESIONAIS. REGULACIÓN

O artigo 36 da Constitución establece que *"A lei regulará as peculiaridades propias do réxime xurídico dos colexios profesionais e o exercicio das profesións tituladas. A estrutura interna e o funcionamento dos colexios deberán ser democráticos"*.

Segundo a súa natureza xurídica, configúranse, como víamos, como corporacións de dereito público de base privada, representativos dos intereses profesionais dos seus membros e encargados, así mesmo, da ordenación do exercicio das profesións e da súa representación, aspecto este que destaca como máis relevante o Tribunal Constitucional na súa Sentenza 89/1989, do 11 de maio. En relación con esa función, os colexios deben establecer regras que aseguren tanto a eficacia como a eventual responsabilidade dos

seus membros no exercicio da profesión.

Así, pódese dicir que os colexios profesionais teñen por fin primordial a ordenación do exercicio profesional, velar polo cumprimento da ética profesional e defender intereses dos profesionais que os compoñen.

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 76/1983, do 5 de agosto, estableceu que *«corresponde á lexislación estatal fixar os principios e as regras básicas a que deben axustar a súa organización e competencias as corporacións de dereito público representativas de intereses profesionais»*.

En sentenzas máis actuais, como a STC 89/13, recóllese:

a) O artigo 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836) habilita o Estado para ditar a lexislación básica en materia de colexios profesionais.

b) A competencia estatal ex art. 149.1.18 CE inclúe a definición, a partir do tipo de colexiación, dos modelos posibles de colexios profesionais e das condicións en que as comunidades autónomas poden crear entidades corporativas dun ou doutro tipo, pois a determinación do réxime de colexiación (forzoso ou voluntario) ten carácter básico.

c) Corresponde, pois, ao lexislador estatal a determinación das profesións cuxo exercicio se suxeita á colexiación obrigatoria, e iso nos termos previstos na modificación introducida no artigo 3.2 da Lei 2/1974, de colexios profesionais, polo artigo 5.5 e disposición transitoria cuarta da Lei 25/2009.

d) A existencia de colexiación obrigatoria para o exercicio de determinadas profesións constitúe, ademais, unha condición básica que garante a igualdade no exercicio dos dereitos e deberes constitucionais ex art. 149.1.1 CE.

Así, a lexislación estatal está constituída pola Lei 2/1974, do 13 de febreiro, de colexios profesionais, que tivo diversas modificacións, lei que ten carácter básico.

No plano autonómico, cómpre sinalar que a Lei do proceso autonómico, Lei 12/1983, do 14 de outubro, no seu artigo 15.2, establece que os colexios que existan ou

se constitúan no territorio de cada comunidade autónoma deberán axustar a súa organización e competencias aos principios e ás regras básicas establecidas na lexislación do Estado, para esas entidades, sen prexuízo de calquera outra competencia que lles poida atribuír ou delegar a Administración autonómica». É dicir, as comunidades autónomas, con suxeición ás normas básicas estatais, teñen liberdade para, a través da súa lexislación, ampliar o marco de funcións que lles poidan corresponder.

Pola súa parte, o Estatuto de autonomía de Galicia establece que: «No marco do presente estatuto corresponde á Comunidade Autónoma galega a competencia exclusiva nas seguintes materias: confrarías de pescadores, cámaras da propiedade, agrarias, de comercio, industria e navegación e outras de natureza equivalente, sen prexuízo do que dispón o artigo da Constitución». Consonte tal previsión, mediante a Lei orgánica 16/1995, do 27 de decembro, transferíronse á Comunidade Autónoma de Galicia competencias de desenvolvemento lexislativo e execución, no marco da lexislación básica do Estado, en materia de corporacións de dereito público.

Posteriormente, por medio do Real decreto 1643/1996, do 5 de xullo, traspasáronse, así mesmo, á Comunidade Autónoma de Galicia as funcións da Administración do Estado en relación cos colexios oficiais e profesionais con ámbito territorial exclusivamente compartido dentro do territorio propio da Comunidade. O Estado, non obstante, reservou para si o establecemento das bases de réxime xurídico dos colexios oficiais ou profesionais, así como a regulación das condicións de obtención, expedición e homologación de títulos profesionais.

A Comunidade Autónoma de Galicia regulou os colexios profesionais a través da Lei 11/2001, do 18 de setembro, norma que foi obxecto de modificación posterior pola Lei 1/2010, do 11 de febreiro.

Sinala a lei que os colexios profesionais exercerán, ademais das súas funcións propias, as funcións administrativas que lles atribúa a lexislación estatal e autonómica e as competencias administrativas que lles delegue o correspondente órgano da Administración. Sinala tamén a lei que o acto de delegación deberá estar autorizado mediante unha disposición legal ou regulamentaria.

A través desta fórmula faise posible que a Comunidade Autónoma de Galicia poida

encomendar aos colexios profesionais, a través do correspondente convenio, a realización de actividades de carácter material, técnico ou de servizos da súa propia competencia, nos termos previstos na Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

A lei prevé, así mesmo, que a Comunidade Autónoma de Galicia poderá celebrar convenios de colaboración cos colexios profesionais para a realización de actividades de interese común e para a promoción de actuacións orientadas á defensa do interese público e, en especial, dos usuarios dos servizos profesionais dos colexiados.

A lei sinala, ademais, como fins dos colexios profesionais:

- a ordenación do exercicio das profesións dentro do marco legal respectivo.
- a representación destas, a defensa dos intereses profesionais dos colexiados.
- a protección dos intereses dos consumidores e usuarios polos servizos dos seus colexiados.

Finalmente, cómpre sinalar que os colexios teñen como órganos básicos:

- A Xunta Xeral, que reúne todos os colexiados en asemblea e é a que toma as decisións máis transcendentais para a vida colexial.
- A Xunta de Goberno, que é o órgano de xestión ordinaria do colexio.
- O presidente ou decano, quen asume a representación do colexio.

Os colexios agrúpanse en consellos rexionais e no Consello Xeral Nacional.

7.2.- AS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA E NAVEGACIÓN

Ámbito estatal

Actualmente están reguladas na Lei 4/2014, do 1 de abril, básica das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación, que derogou a Lei 3/1993, do 22 de marzo, básica de cámaras oficiais de comercio, industria e navegación.

As cámaras de comercio, industria e navegación nacen en España a finais do século XIX como forma de representar os intereses xerais das empresas. A súa primeira regulación

xurídica data do ano 1886, cando se aprobou o real decreto que contiña o seu réxime xurídico. Posteriormente, mediante o Real decreto do 21 de xuño de 1911, instaurouse un modelo cameral continental baseado na obrigada adscrición das persoas que exerzan actividades empresariais e na obrigatoriedade no pagamento de cotas. Este sistema é o que se mantivo ata esta Lei 4/2014, a través da previa Lei 3/1993, do 22 de marzo.

Agora ben, xa co Real decreto lei 13/2010, do 3 de decembro, de actuacións no ámbito fiscal, laboral e liberalizadoras para fomentar o investimento e a creación de emprego, cambiouse a un sistema cameral de pertenza voluntaria e eliminación do recurso cameral permanente.

A Lei de 2014 define as cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación como corporacións de dereito público con personalidade xurídica e plena capacidade de obrar para o cumprimento dos seus fins, que se configuran como órganos consultivos e de colaboración coas administracións públicas, sen menoscabo dos intereses privados que perseguen. A súa estrutura e o seu funcionamento deberán ser democráticos.

Teñen como finalidade a representación, promoción e defensa dos intereses xerais do comercio, a industria, os servizos e a navegación, así como a prestación de servizos ás empresas que exerzan as indicadas actividades. Así mesmo, exercerán as competencias de carácter público que se lles atribúa e as que lles poidan ser asignadas polas administracións públicas consonte os instrumentos que establece o ordenamento xurídico. As actividades que desenvolvan as cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación para o logro dos seus fins levaranse a cabo sen prexuízo da liberdade sindical e de asociación empresarial, das facultades de representación dos intereses dos empresarios que asuman este tipo de asociacións e das actuacións doutras organizacións sociais que legalmente se constitúan.

Entre as seguintes funcións de carácter público-administrativo están:

- a) Expedir certificados de orixe e demais certificacións relacionadas co tráfico mercantil, nacional e internacional, nos supostos previstos na normativa vixente.
- b) Recompilar os costumes e usos mercantís, así como as prácticas e os

usos dos negocios e emitir certificacións acerca da súa existencia.

c) Ser órgano de asesoramento das administracións públicas, nos termos que estas establezan, para o desenvolvemento do comercio, da industria, dos servizos e da navegación.

d) Desenvolver actividades de apoio e estímulo ao comercio exterior.

e) Participar coas administracións competentes na organización da formación práctica nos centros de traballo incluída nas ensinanzas de formación profesional e nas accións e iniciativas formativas da formación profesional dual, en especial na selección e validación de centros de traballo e empresas, na designación e formación de titores dos alumnos e no control e na avaliación do cumprimento da programación, sen prexuízo das funcións que se poidan atribuír ás organizacións empresariais neste ámbito.

f) Tramitar, nos casos en que así sexan requiridas pola Administración xeral do Estado, os programas públicos de axudas ás empresas nos termos en que se establezan en cada caso, así como xestionar os servizos públicos relacionados con elas cando a súa xestión lle corresponda á Administración do Estado.

g) Xestionar, nos termos do artigo 8 desta lei, un censo público de todas as empresas, así como dos seus establecementos, delegacións e axencias radicados na súa demarcación.

h) Actuar de portelos únicos empresariais, cando sexan requiridas para iso polas administracións públicas competentes.

i) Colaborar coas administracións públicas na simplificación administrativa dos procedementos para o inicio e desenvolvemento de actividades económicas e empresariais, así como na mellora da regulación económico-empresarial.

j) Impulsar actuacións dirixidas ao incremento da competitividade das pequenas e medianas empresas, e fomentar a innovación e

transferencia tecnolóxicas ás empresas.

k) Impulsar e colaborar coas administracións públicas na implantación da economía dixital das empresas.

l) En caso de que a autoridade de xestión dos fondos da Unión Europea o considere procedente, as cámaras poderán participar na xestión de fondos da Unión Europea dirixidos á mellora da competitividade nas empresas.

Tamén corresponderá ás cámaras desenvolver as funcións público-administrativas, na forma e coa extensión que se determine, de ser o caso, polas comunidades autónomas, entre a listaxe que recolle a lei estatal para iso.

As cámaras poden levar a cabo outras actividades, que terán carácter privado e se prestarán en réxime de libre competencia, que contribúan á defensa, apoio ou fomento do comercio, da industria, dos servizos e da navegación, ou que sexan de utilidade para o desenvolvemento das indicadas finalidades e, en especial, establecer servizos de información e asesoramento empresarial. Así mesmo, poderán difundir e impartir formación en relación coa organización e xestión da empresa; prestar servizos de certificación e homologación das empresas e crear, xestionar e administrar bolsas de franquía, de subprodutos, de subcontratación e de residuos, así como lonxas de contratación, cumprindo os requisitos exixidos na normativa sectorial vixente para o exercicio destas actividades. Tamén poderán desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional.

A nova regulación do seu réxime económico recolle un sistema que se basea na liberdade de actuación das cámaras, de maneira que obterán os seus ingresos da prestación de servizos e do exercicio das súas actividades, así como das achegas voluntarias das empresas e dos produtos, rendas e incrementos do seu patrimonio e legados e donativos que poidan recibir, así como calquera outro que poida ser atribuído por lei.

Poderán existir cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación de ámbito autonómico, provincial e local e, de ser o caso, consellos de cámaras, de conformidade co que estableza a lexislación autonómica de desenvolvemento, que poderá adecuar a

demarcación territorial das cámaras á realidade económica e empresarial de cada comunidade autónoma, de maneira que poderán coexistir cámaras de distinto ámbito territorial. En calquera caso, e como mínimo, existirá unha cámara oficial de comercio, industria, servizos e navegación por provincia, sen prexuízo de que determinadas funcións e servizos os poida desempeñar outra cámara oficial de comercio, industria, servizos e navegación do ámbito territorial da comunidade autónoma de que se trate.

As persoas físicas ou xurídicas, nacionais ou estranxeiras, que exerzan actividades comerciais, industriais, de servizos ou navieiras en territorio nacional formarán parte das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación dentro de cuxa circunscrición teñan establecementos, delegacións ou axencias, sen que diso se desprenda obriga económica ningunha nin ningún tipo de carga administrativa e procederase a inscribilas de oficio. En todo caso, estarán excluídas as actividades agrícolas, gandeiras e pesqueiras de carácter primario e os servizos de mediadores de seguros e reaseguros privados que sexan prestados por persoas físicas, así como os correspondentes a profesións liberais.

Os órganos de goberno das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación son o pleno, o comité executivo e o presidente. Ademais, as cámaras contarán cun secretario xeral, persoal directivo e o persoal laboral necesario para o correcto desempeño das súas funcións.

Outra novidade que achega a presente lei é a creación da Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servizos e Navegación de España, que representará o conxunto das cámaras ante as diversas instancias estatais e internacionais e coordinará e impulsará as accións que afecten o conxunto das cámaras españolas. A Cámara de España, en colaboración coas cámaras españolas, terá, ademais, a tarefa de elaborar e executar o Plan cameral de internacionalización, a través dun convenio de colaboración co Ministerio de Economía e Competitividade, que será dunha relevancia fundamental no impulso á internacionalización das empresas españolas. Adicionalmente, a Cámara de España e o Ministerio de Economía e Competitividade subscribirán un plan de competitividade, cada dous anos, no cal se concretarán todos os programas e actividades que desenvolvan as cámaras para o fomento da competitividade empresarial.

Ámbito autonómico

As cámaras foron obxecto de transferencia á nosa comunidade autónoma mediante reais decretos de traspasos 1634/1980, do 31 de xullo e 2276/1982, do 24 de xullo. Concretamente, transferíronse as funcións de coordinación, promoción e impulso da actividade das cámaras de comercio, industria e navegación e outros organismos e institucións comerciais.

A Comunidade Autónoma promulgou a Lei 5/2004, do 8 de xullo, de cámaras oficiais de comercio, industria e navegación de Galicia, que regula a organización, o funcionamento e o réxime económico e orzamentario destas corporacións, modificada pola Lei 12/2014, para adaptala á nova lexislación estatal.

Esta lei pretende, esencialmente, adaptar o marco xurídico das cámaras á realidade galega e proxectar unha idea homoxénea da institución e do de sistema cameral galego, sen prexuízo de que cada cámara se adapte á súa propia realidade mediante a elaboración do seu propio regulamento de réxime interior.

A lei mantén o carácter esencial das cámaras como corporacións de dereito público mesmo cando non descoñece a posibilidade de persecución de intereses privados, propio así mesmo, como xa vimos, destes entes. Así, configúraas como órganos con personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar, de carácter consultivo e de colaboración coas administracións públicas, especialmente coa Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, sen menoscabo dos intereses privados que perseguen, en xeral relacionados coa representación, promoción e defensa dos intereses xerais do comercio, da industria e da navegación e a prestación de servizos ás empresas.

As cámaras oficiais de Galicia teñen as funcións de carácter público-administrativo recollidas no artigo 5.1 da Lei 4/2014, do 1 de abril, xa enumeradas. Pero tamén lles corresponderán, pola lei galega:

- a) Propor aos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia cantas reformas ou medidas consideren necesarias ou convenientes para o fomento do comercio, a industria, os servizos e a navegación.
- b) Colaborar na elaboración, desenvolvemento, execución e seguimento dos

planes que se deseñen para o incremento da competitividade do comercio, da industria, dos servizos e da navegación.

c) Colaborar cos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia como órganos de apoio e asesoramento para a creación de empresas.

d) Colaborar cos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia mediante a realización de actuacións materiais para a comprobación do cumprimento dos requisitos legais e a verificación de establecementos mercantís e industriais, cumprindo co establecido na normativa xeral e sectorial vixente.

e) Elaborar as estatísticas, enquisas de avaliación e estudos que consideren necesarios para o exercicio das súas competencias.

f) Promover e cooperar na organización de feiras e exposicións.

g) Colaborar nos programas de formación establecidos por centros docentes públicos ou privados e, de ser o caso, polos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia.

h) Emitir informe sobre os proxectos de normas emanados da Comunidade Autónoma de Galicia que afecten directamente os intereses xerais do comercio, da industria, dos servizos ou da navegación, nos casos e co alcance que o ordenamento xurídico determine.

i) Tramitar os programas públicos de axudas ás empresas nos termos que se establezan en cada caso, así como xestionar servizos públicos relacionados con elas, cando a súa xestión corresponda á Administración autonómica e sempre que así se estableza nas súas respectivas normas.

j) Colaborar coa Administración competente informando sobre os estudos, traballos e accións que se realicen para a promoción do comercio, da industria, dos servizos e da navegación.

k) Contribuír á promoción do turismo no marco da cooperación e colaboración cos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia.

l) Colaborar cos órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia para facilitar información e orientación sobre o procedemento de avaliación e acreditación para o recoñecemento das competencias profesionais adquiridas por experiencia laboral, así como na achega de instalacións e servizos para a realización dalgunhas fases do procedemento, cando esas administracións o establezan.

m) As cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación da Comunidade Autónoma de Galicia tamén poderán desenvolver calquera outra función que os órganos competentes da Comunidade Autónoma de Galicia, no exercicio das súas competencias, consideren necesarias.

No desenvolvemento das funcións público-administrativas, as cámaras axustaranse ao previsto na Lei 3/1983, do 15 de xuño, de normalización lingüística de Galicia.

A lei galega prevé que poderán existir cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación de ámbito autonómico, provincial e local e coexistir cámaras de distinto ámbito territorial. Determina que en cada provincia existirá, ao menos, unha cámara oficial de comercio, industria, servizos e, de ser o caso, navegación, sen prexuízo de que as súas funcións e servizos poidan ser desempeñadas por outra das cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación da Comunidade Autónoma de Galicia.

A creación de novas cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación unicamente poderá realizarse sobre a base de intereses comerciais, industriais, de servizos e navieiros específicos e sempre que a cámara resultante conte con recursos suficientes para o cumprimento satisfactorio das súas funcións e non supoña mingua na calidade dos servizos que viñan sendo prestados.

Poderanse crear novas cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación:

- a) Por fusión de dúas ou máis cámaras.
- b) Por integración dunha ou máis cámaras.

Os órganos de goberno das cámaras galegas son o pleno, o comité executivo e a presidencia.

Finalmente, cómpre dicir que existe un Consello Galego de Cámaras, como órgano de representación, relación, coordinación e impulso de actuacións comúns a todas as cámaras galegas existentes, que é ademais un órgano de colaboración coa Administración autonómica.

MARCOS ALMEIDA

JUAN JOSÉ GALEGO FOUZ

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

- Alli Turrillas, Juan-Cruz: ***Fundaciones y derecho administrativo***. Marcial Pons. Madrid 2010.
- Ariño Ortiz, Gaspar: ***Constitución y colegios profesionales***. Unión Editorial. Madrid 1984.
- Baño León, J. M.: ***El ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios profesionales***. Revista Galega de Administración Pública, núm. 24. 2000.
- Beneyto Pérez, José María: ***Tratado de Fundaciones*** 2 vols. Bosch. Barcelona 2007.
- Cabezas Hernández, M.^a Teresa: ***Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España: naturaleza jurídica y funciones***. Atelier. Barcelona 2002.
- Calvo Sánchez, Luis: ***Régimen jurídico de los Colegios profesionales***. Civitas. Madrid 1998
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis: ***Las fundaciones de interés gallego***. Anuario de Derecho de Fundaciones, páx. 299-436. Iustel. 2009
- Del Saz, Silvia: ***Los Colegios Profesionales***. Colexio de Avogados de Madrid. Marcial Pons Libros, Madrid 1996

- Fanlo Loras A.: ***El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales.*** Civitas. Madrid 1992.
- Fernández Farreres, Germán: ***Corporaciones de derecho público.*** Estudios para la reforma de la Función Pública, páx. 365-372. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2004
- *Ídem*: ***Colegios profesionales, ejercicio profesional, titulaciones académicas. Competencias y actividad de las Comunidades Autónomas,*** Informe Comunidades Autónomas. Madrid 1999.
- *Ídem*: ***Colegios profesionales y derecho de la competencia.*** Civitas. Madrid 2002
- Fernández Rodríguez. ***Cámaras de comercio y "jacobinismo constitucional".*** Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85. 1995.
- García de Enterría, Eduardo: ***Las cámaras de comercio, industria y navegación.*** Revista de Administración Pública, núm. 139.1996.
- Jiménez de Cisneros Cid, F. J.: ***Organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado.*** Documentación Administrativa, núm. 246-247, páx. 293 e ss.1996-1997.
- Martín-Retortillo Báquer, Lorenzo (coord.): ***Los colegios profesionales a la luz de la Constitución.*** Civitas. Madrid 1996.
- Martínez López-Muñiz, José Luis: ***Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales.*** Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 39. 1983.
- Nieto Alonso, Antonia: ***As fundacións de interese galego.*** Revista Xurídica Galega, núm. 30, páx. 335-384.
- Palomar Olmeda, A.: ***Organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado.*** Documentación Administrativa, núm. 246-247, páx. 417 e ss. 1996-1997.
- Rebollo Puig, Manuel: ***Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores.*** Universidad de Cordoba. Córdoba 1996.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: ***Principios de Derecho administrativo, Vol. I.*** Páx.

460 e ss. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2001.

- VV. AA.: ***Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo***. Civitas. Madrid 1994.

- VV. AA.: ***Libro blanco sobre la gestión de las cofradías de pescadores de Galicia***. Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura. Santiago de Compostela 1994.

TEMA 9

**O MUNICIPIO. POBOACIÓN MUNICIPAL,
ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS.
PROVINCIA: ORGANIZACIÓN E
COMPETENCIAS. OUTRAS ENTIDADES LOCAIS.**

TEMA 9. O MUNICIPIO. POBOACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS. A PROVINCIA: ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS. OUTRAS ENTIDADES LOCAIS.

O punto de partida ineludible para o tratamento desta materia é o artigo 140 da Constitución española de 1978, que dispón: *"A Constitución garante a autonomía dos concellos. Estes gozarán de personalidade xurídica plena. O seu goberno e administración correspóndelles aos seus respectivos concellos, integrados polos alcaldes e os concelleiros. Os concelleiros serán elixidos polos veciños do concello mediante sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto, na forma establecida pola lei. Os alcaldes serán elixidos polos concelleiros ou polos veciños. A lei regulará as condicións nas que proceda o réxime do Concello aberto"*.

O lexislador estatal aprobou a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local e o seu texto refundido, aprobado polo Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, que, coas súas sucesivas modificacións, integran a normativa de aplicación xeral na materia. Como sinala o Tribunal Constitucional na súa Sentenza 84/1982, do 23 de decembro, relativa ao carácter bifronte do réxime xurídico das autonomías locais, trátase dunha actividade concorrente do Estado e das comunidades autónomas sobre esta cuestión (así, no seu fundamento xurídico 4º).

A Lei de Administración local de Galicia, do 22 de xullo de 1997 (reformada mediante a Lei 8/1999, do 30 de decembro; a Lei 18/2008, do 29 de decembro; a Lei 1/2010, do 11 de febreiro; e a Lei 4/2012, do 12 de abril, da Área Metropolitana de Vigo), é a norma autonómica de referencia nestas materias.

A Lei de Administración local de Galicia 5/1997, do 22 de xullo, establece que a Comunidade Autónoma de Galicia se organiza en concellos e provincias que teñen a condición de entidades locais territoriais, ás que se lles garante a autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses. Deste xeito, o artigo 10 da Lei 5/1997 dispón que os concellos son entidades locais básicas da organización territorial da Comunidade Autónoma de Galicia e canles de participación cidadá nos asuntos públicos locais, e que o Concello ten personalidade xurídica e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins.

Seguindo os principios clásicos da organización administrativa, proclama igualmente que

son elementos do Concello o territorio, a poboación e a organización. BALLESTEROS FERNÁNDEZ entende que esta toma de partido da lexislación local asenta a idea de que non é posible considerar como base do Concello tan só o grupo social estable.

O territorio municipal presenta os seguintes caracteres na lexislación galega:

1. O termo municipal é o territorio no que o Concello exerce as súas competencias. O exercicio de competencias fóra do termo municipal levará consigo a nulidade radical da actuación por manifesta incompetencia, agás nos supostos en que as potestades municipais poidan, ao abeiro dunha norma específica, superar o propio termo.
2. Todo Concello pertencerá a unha soa provincia.

Prevense normativamente as alteracións dos termos municipais, aínda que se condiciona a que a alteración dos termos municipais só poderá producirse entre concellos limítrofes e ningunha alteración poderá dar lugar a un termo municipal descontinuo. Ademais, as alteracións dos termos municipais inscribíranse no Rexistro de Entidades Locais de Galicia e no estatal. ENTRENA CUESTA opina que, dada a actual división do territorio nacional en concellos, as alteracións municipais son a única forma viable de creación de novos concellos.

Nesta orde de cousas, o termo municipal poderá ser alterado:

- a) Por fusión de dous ou máis concellos limítrofes para constituír un novo concello.
- b) Por incorporación dun ou máis concellos a outro limítrofe.
- c) Por segregación de parte do termo dun concello ou de varios concellos para constituír un novo.
- d) Por segregación de parte do termo dun concello ou de varios concellos para agregarse a outro limítrofe.

Respecto ao procedemento de modificación, establécese que os límites territoriais dos termos municipais poderán modificarse coa finalidade de adecualos ás iniciativas de corrección de disfuncionalidades territoriais elaboradas pola Comisión Galega de Delimitación Territorial. A modificación será acordada polo Consello da Xunta de Galicia, aspecto que, con carácter xeral, PERDIGO SOLA entende que debера ser atribuído ao Parlamento autonómico mediante lei, por proposta do conselleiro competente en materia

de réxime local, logo de audiencia, polo prazo dun mes, dos concellos afectados, do informe da respectiva deputación provincial e do ditame do Consello Consultivo de Galicia.

A Xunta de Galicia poderá establecer, entre outras, as seguintes medidas de fomento para a fusión de concellos ou para a incorporación voluntaria a outros:

- a) Axudas económicas e técnicas.
- b) Criterios prioritarios ou especiais na asignación de subvencións finalistas.
- c) Creación dun fondo especial.

Malia a previsión do fomento e vantaxes na fusión dos concellos, apuntadas reiteradamente por SOSA WAGNER e DE MIGUEL GARCÍA, a lei galega establece que non procederá a segregación parcial cando isto supoña:

- a) Que o Concello segregado non conte con recursos suficientes para prestar, na parte non segregada do seu termo municipal, os servizos mínimos exixidos polo artigo 81 da Lei autonómica e pola lexislación básica na materia.
- b) Diminución na calidade media dos servizos que viñan sendo prestados polo Concello que se pretende segregar. Pola contra, deberá supor un avance na calidade dos servizos que pasen a ser xestionados polo Concello agregante.
- c) Cando a parte que se trate de segregar estivese unida por rúa ou zona urbana a outro núcleo ou poboado do Concello orixinario.
- d) Cando existan datos e evidencias que permitan deducir que os supostos beneficios da segregación non se poden conseguir con outros mecanismos.

Desde o punto de vista organizativo, cómpre subliñar que a Lei de Administración local de Galicia crea a Comisión Galega de Delimitación Territorial, como órgano de estudo, consulta e proposta en relación coas materias que atinxen á determinación, revisión e modificación dos límites territoriais das entidades locais galegas e das demarcacións en que se estrutura a Administración da Comunidade Autónoma de Galicia. As funcións da Comisión atópanse recollidas no artigo 2 do Decreto 370/1998, do 10 de decembro, e son:

- a) Emitir informe sobre todos os expedientes de alteración de límites municipais.

- b) Emitir informe sobre todos os expedientes de cambio de capitalidade.
- c) Nos procedementos de demarcación e deslinde dos termos municipais que deriven de conflitos formulados entre os concellos afectados.
- d) Elaborar, por petición do Consello da Xunta de Galicia, os estudos e as propostas de revisión para proceder á aplicación das medidas de fomento da fusión de concellos ou para a incorporación voluntaria a outros.
- e) Estudar e ditaminar as alegacións presentadas e os distintos informes emitidos sobre o mapa municipal de Galicia antes da súa elevación ao Consello da Xunta de Galicia para a súa aprobación definitiva.
- f) Exercer as demais que lle atribúen as leis.

O mapa municipal de Galicia elabórase baixo a responsabilidade da consellaría competente en materia de réxime local, axustándose na súa elaboración e aprobación ao que resulte dos expedientes de delimitación e deslinde e, se é o caso, das resolucións definitivas en caso de conflito, e aprobarase de acordo co seguinte procedemento:

- a) O mapa municipal de Galicia será aprobado inicialmente pola consellaría competente en materia de réxime local.
- b) Aprobado inicialmente o documento, remitiráselle ao Instituto Xeográfico Nacional para o seu informe e someterase a información pública para alegacións, por un prazo de trinta días, mediante a súa publicación no *Diario Oficial de Galicia* e nos boletíns oficiais das catro provincias galegas.
- c) Simultaneamente, darase traslado do documento ás deputacións provinciais, aos concellos interesados e á Delegación do Goberno para que, no mesmo prazo, poidan emitir informe, que se entenderá favorable en caso de que, transcorrido o devandito prazo, non o remitisen.
- d) Estudadas e ditaminadas pola Comisión Galega de Delimitación Territorial as distintas alegacións e informes, e feitas as correccións que procedan, e logo de ditame do Consello Consultivo de Galicia, será elevado o expediente polo conselleiro competente en materia de réxime local ao Consello da Xunta de Galicia para a súa aprobación definitiva.
- e) O decreto polo que se aprobe definitivamente o mapa municipal publicarase no *Diario*

Oficial de Galicia e no *Boletín Oficial del Estado* e comunicáraselle á Administración do Estado para os efectos previstos na lexislación básica de réxime local.

Respecto á fusión de concellos, a lei defínea como o resultado da súa unión, de modo que se produza a desaparición de todos eles, creándose un novo no que o ámbito territorial e a poboación se correspondan coa suma dos concellos fusionados. Como consecuencia da fusión, o novo ente creado poderá manter a denominación de calquera dos concellos orixinarios ou establecer unha nova. O novo Concello poderá fixar a súa capitalidade en calquera núcleo do termo resultante.

Tanto a denominación como a capitalidade do Concello resultante dun proceso de fusión deberán ser propostas desde o comezo do procedemento por parte dos concellos orixinarios.

Poderá realizarse a fusión cando se dea algún dos seguintes requisitos:

- a) Cando se confundan núcleos de poboación que sexan capitalidade dos respectivos concellos.
- b) Cando separadamente carezan os concellos de recursos suficientes para atender os servizos mínimos exixidos polos artigos 81 da Lei autonómica 5/1997 e 26.1 da Lei reguladora das bases do réxime local ou os que en cada momento determine a normativa aplicable.
- c) Cando existan notorios motivos de necesidade ou conveniencia económica ou administrativa ou consideracións de orde xeográfica e demográfica.
- d) Cando do proceso de fusión deriven importantes vantaxes para os concellos afectados no que á prestación de servizos se refire e así sexa estimado polos concellos fusionados.

A lei galega entende por incorporación dun de varios concellos a outro limítrofe a operación consistente na integración do incorporado ou dos incorporados ao incorporante, de forma que aquel ou aqueles desaparezan pasando a formar parte deste. O territorio e a poboación do Concello resultante quedarán constituídos pola suma de todos eles, manténdose a capitalidade e denominación do Concello incorporante, que integrará para todos os efectos a personalidade xurídica dos concellos incorporados.

Poderá acordarse a incorporación dun de varios concellos a outro limítrofe cando se dea

algún dos seguintes requisitos:

- a) Cando resulte imposible, para aos veciños dos concellos a incorporar, a prestación dos servizos mínimos previstos ou dos que en cada momento determine a normativa aplicable, e se opte por esta vía en lugar da fusión.
- b) Cando resulte gravemente diminuído algún dos elementos básicos do Concello ou dos concellos que se incorporen.
- c) Cando do proceso de integración deriven significativas vantaxes para os concellos afectados no que á prestación de servizos se refire e así sexa estimado polos concellos que se integran e polo receptor.

No dereito local de Galicia enténdese por segregación para a creación de novos concellos a operación consistente en separar parte do termo dun ou de varios concellos para constituír un novo e independente. Para que poida crearse un Concello novo e independente, por segregación, cómpre que se dean todos e cada un dos seguintes requisitos:

- a) Que existan motivos permanentes de interese público.
- b) Que se trate dun ou de varios núcleos de poboación territorialmente diferenciados e afastados da capitalidade do Concello ou dos concellos orixinarios en máis de dez quilómetros, ou que, sen mediar esta distancia, as vías e os medios de comunicación con aquela resulten manifestamente insuficientes, e sempre que exista unha faixa de solo non urbanizable de, polo menos, cinco quilómetros.
- c) Que o núcleo ou os núcleos que se van segregar contén cunha poboación non inferior a cinco mil habitantes e que o Concello ou os concellos dos que se segregar non baixen deste límite poboacional ao producirse a segregación.
- d) Que o novo Concello conte con recursos propios suficientes para a implantación e o mantemento dos servizos que a lei lle esixe e a súa independencia non supoña en ningún caso diminución na calidade dos que viñan sendo prestados por el ou polos concellos orixinarios.
- e) Que no núcleo ou nos núcleos que se pretenden segregar non viñesen sendo prestados, polo Concello ou polos concellos orixinarios, os servizos mínimos exixidos pola

lei coa calidade media coa que se prestan no resto do seu termo municipal.

f) Que en calquera caso non exista outra alternativa que permita resolver os problemas que motivan a segregación.

A categoría da segregación-agregación é a operación consistente en separar parte dun termo municipal do seu ámbito territorial orixinario para agregalo ao doutro limítrofe. Poderá levarse a cabo a segregación parcial dun termo municipal para a súa agregación a outro Concello limítrofe cando concorran algunha das seguintes causas:

- a) En caso de que se confundan núcleos urbanos de dous ou máis concellos como consecuencia do desenvolvemento urbanístico e ningún destes núcleos sexa capital dos concellos afectados ou só o sexa o do Concello agregante.
- b) Cando existan notorios motivos de necesidade ou conveniencia económico-administrativa que así o aconsellen.
- c) Cando o núcleo de poboación que se vai segregar estea a recibir os servizos mínimos do Concello ao que pretende agregarse.

O procedemento común para a alteración dos termos municipais regúlase do seguinte xeito. As alteracións de termos municipais poderán ser iniciadas de oficio pola consellaría competente en materia de réxime local ou por instancia de:

- a) Calquera dos concellos interesados.
- b) As deputacións provinciais respectivas.

As alteracións de termos municipais poderán, así mesmo, ser tramitadas, con carácter voluntario, polos concellos interesados. En tal caso, o expediente será iniciado polos acordos dos respectivos concellos, adoptados co voto favorable das dúas terceiras partes do número de feito e, en todo caso, da maioría absoluta do número legal de membros da corporación. Os acordos someteranse a información pública por un prazo non inferior a trinta días.

Concluído o período de información pública, os concellos adoptarán novo acordo, coa mesma maioría que no acordo de iniciación, no que se resolverá sobre a orixe da alteración e, se é o caso, sobre as reclamacións presentadas. Se os acordos fosen favorables á alteración, elevarase o expediente á consellaría competente en materia de

réxime local.

As alteracións de termos municipais consistentes na súa segregación parcial para a constitución dun novo e independente Concello ou na segregación de parte do termo dun Concello para agregalo a outro limítrofe poderán ser promovidas por instancia dos veciños residentes na parte ou nas partes que se vaian segregar.

Instruído o expediente de alteración de termos municipais, e para os efectos de que emitan o informe que estimen oportuno, daráselles audiencia no prazo dun mes a:

- a) Os concellos e as demais entidades locais interesadas cando a iniciación fose decretada de oficio pola consellaría competente en materia de réxime local ou por instancia dos concellos ou das deputacións provinciais respectivas.
- b) As deputacións provinciais, en caso de que as alteracións de termos municipais fosen tramitadas, con carácter voluntario, polos concellos interesados ou promovidas polos veciños residentes na parte ou nas partes que deban segregarse.

Recibidos os informes referidos ou transcorrido o prazo dun mes sen que fosen tramitados, a consellaría competente en materia de réxime local elevará o expediente á Comisión Galega de Delimitación Territorial para que emita informe e elaborará proposta de resolución. Para estes efectos, a dita consellaría poderá solicitarlles a todas as administracións públicas que considere precisas cantos datos considere necesarios coa finalidade de dispor dos elementos obxectivos suficientes para elaborar a proposta de resolución.

O informe e a proposta de resolución sinalados serán remitidos, xunto co expediente, pola consellaría competente en materia de réxime local, para ditame, ao Consello Consultivo de Galicia. A resolución definitiva do procedemento farase por decreto do Consello da Xunta de Galicia, do que se dará traslado á Administración do Estado para os efectos previstos no artigo 14.1 da Lei reguladora das bases do réxime local.

As resolucións definitivas dos expedientes de alteración de termos municipais deberán conter, se é o caso, o nome do novo Concello, o núcleo en que se situará a capitalidade, os novos límites dos termos municipais afectados, a poboación e parroquias dos termos municipais afectados e a aprobación das estipulacións xurídicas e económicas acordadas.

A resolución publicarase no *Diario Oficial de Galicia*, no *Boletín Oficial da Provincia* correspondente e no *Boletín Oficial del Estado*. En caso de que o expediente fose iniciado de oficio pola consellaría competente en materia de réxime local e de que no trámite de informe formulasen oposición un ou máis dos concellos afectados, a alteración de termos municipais aprobarase por Lei do Parlamento de Galicia. CASTELLS ARTECHE defende que a lei debería prever, en todo caso, a conformidade municipal, por aplicación analóxica do disposto na Sentenza do Tribunal Constitucional do 2 de febreiro de 1981, respecto á garantía constitucional da provincia.

A certeza dos termos territoriais dos concellos é considerada especialmente importante pola Lei de Administración local de Galicia e para iso establécese que os concellos terán a facultade de promover a demarcación, o deslinde e o amolloamento dos seus termos municipais. Os conflitos que poidan xurdir entre concellos en relación coa demarcación e co deslinde dos seus termos serán resoltos polo Consello da Xunta de Galicia, por proposta do conselleiro competente en materia de réxime local e logo de informe da Comisión Galega de Delimitación Territorial. No suposto de que se trate de expedientes que supoñan a alteración de termos municipais, será preceptivo, ademais, o ditame do Consello Consultivo de Galicia.

POBOACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS

A poboación do Concello está constituída polo conxunto de persoas inscritas no padrón municipal. Toda persoa que viva na Comunidade Autónoma de Galicia está obrigada a inscribirse no padrón do Concello no que resida habitualmente. Quen viva en varios concellos deberá inscribirse unicamente no que habite durante máis tempo ao ano.

Os inscritos no padrón municipal son os veciños do Concello. A condición de veciño adquirese no mesmo momento da súa inscrición no padrón. Todas as persoas que teñan veciñanza administrativa nun Concello de Galicia teñen a condición política de galegos.

O padrón municipal é o rexistro administrativo onde constan os veciños dun Concello. Os seus datos constitúen proba da residencia no Concello e do domicilio habitual neste. As certificacións que se expidan destes datos terán carácter de documento público e fidedigno para todos os efectos administrativos.

A inscrición no padrón municipal conterà como obrigatorios só os seguintes datos:

a) Nome e apelidos. b) Sexo. c) Domicilio habitual. d) Nacionalidade. e) Lugar e data de nacemento. f) Número do documento nacional de identidade ou, tratándose de estranxeiros, do documento que o substitúa. g) Certificado ou título escolar ou académico que se posúa. h) Cantos outros datos poidan ser necesarios para a elaboración do censo electoral, sempre que se garanta o respecto aos dereitos fundamentais recoñecidos na Constitución.

Os datos do padrón municipal cederánselles a outras administracións públicas que o soliciten sen consentimento previo do afectado soamente cando lles sexan necesarios para o exercicio das súas respectivas competencias, e exclusivamente para asuntos en que a residencia ou o domicilio sexan datos relevantes. Tamén poden servir para elaborar estatísticas oficiais sometidas ao segredo estatístico.

Fóra destes supostos, os datos do padrón son confidenciais e o acceso a eles rexerase polo disposto na lexislación reguladora do tratamento automatizado dos datos de carácter persoal, e na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

A formación, o mantemento, a revisión e a custodia do padrón municipal correspóndenlle ao Concello, de acordo co que estableza a lexislación do Estado. A xestión do padrón municipal será levada polos concellos con medios informáticos. As deputacións provinciais galegas asumirán a xestión informatizada dos padróns dos concellos que, pola súa insuficiente capacidade económica e de xestión, non poidan manter os datos de forma automatizada.

Os concellos realizarán as actuacións e operacións que sexan necesarias para manter actualizados os seus padróns, de forma que os datos contidos nestes concorden coa realidade. Os concellos galegos remitiranlle ao Instituto Nacional de Estatística e ao Instituto Galego de Estatística os datos dos seus respectivos padróns.

Son dereitos e deberes dos veciños:

- a) Ser elector e elixible, de conformidade co disposto pola lexislación electoral.
- b) Participar na xestión municipal, de conformidade co disposto polas leis e polos regulamentos propios do Concello e, se é o caso, cando os órganos de goberno e

administración municipal soliciten a colaboración con carácter voluntario.

- c) Utilizar, de acordo coa súa natureza, os servizos públicos municipais e acceder aos aproveitamentos comunais de acordo coas normas aplicables.
- d) Contribuír, mediante as prestacións económicas e persoais establecidas pola lei, ao exercicio das competencias municipais.
- e) Ser informado, mediante petición razoada, e dirixir solicitude previa á Administración municipal, en relación con todos os expedientes e a documentación municipal, de conformidade co establecido polo artigo 105 da Constitución, pola lexislación de réxime local, pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, e polos regulamentos da corporación.
- f) Pedir a consulta popular nos termos establecidos pola lei.
- g) Exixir a prestación e, de ser o caso, o establecemento do correspondente servizo público, como recorda QUINTANA LÓPEZ, cando constituía competencia municipal propia de carácter obrigatorio.
- h) Exercer os demais dereitos e deberes establecidos polas leis e, se é o caso, polos regulamentos da corporación.

Para facer efectivos os dereitos citados, os titulares poderán iniciar os procedementos administrativos e xurisdicionais que lles correspondan por lei. Para exixir a prestación ou o establecemento dos servizos obrigatorios, poderán formularse, en calquera caso, reclamacións contra a aprobación inicial dos orzamentos cando estes non consignen os créditos precisos para tales efectos. Contra os actos que resolvan definitivamente a reclamación, os interesados poderán interpor recurso contencioso-administrativo.

Organización

Os concellos da Comunidade Autónoma de Galicia teñen a potestade de autoorganización e por iso poderán aprobar os seus regulamentos orgánicos sen outro límite que o respecto ás regras de organización municipal establecidas pola lexislación básica do Estado e pola Lei de Administración local de Galicia.

A organización municipal rexerase polas seguintes regras:

- a) O alcalde, os tenentes de alcalde e o Pleno existirán en todos os concellos.
- b) Existirá unha Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) nos concellos cuxa poboación de dereito xega superior a cinco mil habitantes e nos de poboación inferior cando o acorde o Pleno do Concello ou o estableza o regulamento orgánico deste.
- c) A Comisión Especial de Contas existirá en todos os concellos.
- d) Poderán complementar a organización municipal os alcaldes de barrio; as comisións de estudo, informe ou consulta; os órganos de xestión desconcentrada e de participación cidadá, e calquera outro órgano establecido polo Concello e regulado polo seu regulamento orgánico.

A creación dos órganos complementarios responderá aos principios de eficacia, economía organizativa e participación cidadá, e exixirá o cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) Determinación da súa forma de integración na organización municipal e da súa dependencia xerárquica.
- b) Delimitación das súas funcións e competencias.
- c) Dotación dos créditos precisos para a súa posta en marcha e funcionamento.

Non poderán crearse novos órganos que supoñan duplicación doutros xa existentes se ao mesmo tempo non se suprime ou restrinxen debidamente a competencia destes.

De conformidade co disposto no artigo 140 da Constitución, o goberno e administración municipal correspóndenlle ao Concello, integrado polo alcalde e os concelleiros. Os concelleiros son elixidos mediante sufraxio universal, igual, libre, directo e secreto e o alcalde é elixido polos concelleiros ou polos veciños, todo iso nos termos que estableza a lexislación electoral xeral.

O alcalde é o presidente da Corporación e posúe as seguintes atribucións:

- a) Representar o Concello.
- b) Dirixir o goberno e a administración municipais.
- c) Convocar e presidir as sesións do Pleno, da Comisión de Goberno e de calquera outro órgano municipal.

- d) Dirixir, inspeccionar e impulsar os servizos e as obras municipais.
- e) Publicar, executar e facer cumprir os acordos municipais.
- f) Ditar bandos e velar polo seu cumprimento.
- g) Autorizar e dispor os gastos dentro dos límites da súa competencia, ordenar os pagamentos e render as contas.
- h) Exercer a dirección superior de todo o persoal da Corporación.
- i) Exercer a xefatura superior da Policía municipal, así como nomear e sancionar os funcionarios que usen armas.
- j) Exercer accións xudiciais e administrativas en caso de urxencia.
- k) Adoptar persoalmente e baixo a súa responsabilidade, en caso de catástrofe ou infortunios públicos, ou de grave perigo de que estes se produzan, as medidas precisas e adecuadas, dando inmediata conta delas ao Pleno da Corporación.
- l) Sancionar as faltas de desobediencia á súa autoridade ou as infraccións das ordenanzas municipais, salvo nos casos en que a facultade se lles atribúa a outros órganos.
- m) Contratar obras, servizos e abastecementos sempre que a súa contía non exceda do cinco por cento dos recursos ordinarios do seu orzamento nin do cincuenta por cento do límite xeral aplicable ao procedemento negociado.
- n) A contratación e concesión de obras, servizos e subministracións que, excedendo da contía sinalada no punto anterior, teñan unha duración non superior a un ano ou non exixan créditos superiores ao consignado no orzamento anual.
- ñ) Decidir os empates con voto de calidade.
- o) Outorgar as licenzas, salvo en caso de que as ordenanzas ou as leis sectoriais llelo atribúan expresamente ao Pleno ou á Comisión de Goberno.
- p) O desenvolvemento e a xestión económica conforme o orzamento aprobado.
- q) Presidir as poxas e os concursos para vendas, arrendamentos, subministracións e toda clase de adxudicacións de servizos e obras municipais.

r) Solicitar a delegación de competencias para a contratación e a execución de obras e servizos con outras administracións.

s) Exercer as demais que de xeito expreso lle atribúan as leis e as que a lexislación lle asigne ao Concello e non lles atribúa a outros órganos municipais.

Corresponderalle tamén ao alcalde o nomeamento dos tenentes de alcalde.

O alcalde poderá delegar o exercicio das súas atribucións nos membros da Comisión de Goberno e, en caso de que esta non existise, nos tenentes de alcalde, salvo as de convocar e presidir as sesións do Pleno e da Comisión de Goberno e as mencionadas nas letras b), f), h), j) e k) antes citadas.

O alcalde poderá, así mesmo, conferir as delegacións especiais para encargos específicos a favor de calquera concelleiro, aínda que non pertenza á Comisión de Goberno. O acordo de delegación determinará os asuntos que esta comprenda, as potestades que se deleguen e as condicións concretas do seu exercicio.

Os tenentes de alcalde serán libremente nomeados e destituídos polo alcalde de entre os membros da Comisión de Goberno e, onde esta non exista, de entre os concelleiros.

Nos concellos con Comisión de Goberno (Xunta de Goberno), o número de tenentes de alcalde non poderá exceder o número de membros daquela. Naqueloutros en que non exista tal comisión, o número de tenentes de alcalde non poderá exceder o terzo do número legal de membros da Corporación. Non se terán en conta, para os efectos do cómputo, os decimais que resulten de dividir por tres o número total de concelleiros.

A condición de tenente de alcalde pérdese, ademais de polo cesamento, por renuncia expresa manifestada por escrito e por perda da condición de membro da Comisión de Goberno.

Correspóndelles aos tenentes de alcalde, en canto tales, substituír na totalidade das súas funcións e pola orde do seu nomeamento o alcalde, nos casos de ausencia, enfermidade ou impedimento que imposibilite a este para o exercicio das súas atribucións, así como desempeñar as funcións do alcalde nos supostos de vacante na Alcaldía ata que tome posesión o novo alcalde.

O Pleno estará integrado por todos os concelleiros e presidido polo alcalde.

Corresponderanlle ao Pleno as seguintes atribucións:

- a) Controlar e fiscalizar os órganos de goberno.
- b) Tomar os acordos relativos á participación en organizacións supramunicipais, a alteración do termo municipal, a creación ou supresión de concellos e entidades de administración descentralizada, a creación de órganos desconcentrados, a alteración da capitalidade do Concello, o cambio de nome do Concello e a adopción ou modificación da bandeira, insignia ou escudo.
- c) Aprobar a iniciación e pór fin á tramitación municipal dos instrumentos de planeamento nos termos previstos na lexislación urbanística galega.
- d) Aprobar o regulamento orgánico e as ordenanzas.
- e) Crear e regular órganos complementarios.
- f) Determinar os recursos propios de carácter tributario, aprobar e modificar os orzamentos, dispor gastos nos asuntos da súa competencia e aprobar as contas.
- g) Contratar obras, servizos e subministracións en caso de que a súa contía exceda a que lle está permitida ao alcalde ou á Comisión de Goberno e concertar ou modificar operacións de crédito, así como anticipos de tesouraría, cando a contía destes exceda o cinco por cento dos recursos ordinarios do orzamento municipal.
- h) Aprobar as formas de xestión dos servizos e expedientes de municipalización.
- i) Aceptar a delegación de competencias feita por outras administracións públicas.
- j) Presentar conflitos de competencia a outras administracións públicas.
- k) Aprobar o equipo de persoal, a relación dos postos de traballo, as bases das probas para a selección de persoal e para os concursos de provisión de postos de traballo, fixar a contía das retribucións complementarias dos funcionarios e o número e réxime do persoal eventual, todo iso nos termos establecidos pola lexislación sobre función pública local, así como separar do servizo os funcionarios da Corporación, salvo o establecido polo artigo 99.4 da Lei reguladora das bases do réxime local, e ratificar o despedimento do persoal laboral.
- l) Exercer as accións administrativas e xudiciais.

m) Alterar a cualificación xurídica dos bens de dominio público.

n) Calquera acto de disposición sobre os bens, incluída a adquisición, transacción, alleamento e cesión gratuíta a outras administracións ou institucións públicas e a institucións privadas de interese público sen ánimo de lucro. A concesión, arrendamento ou a cesión de uso de bens por máis de cinco anos, sempre que a súa contía exceda o dez por cento dos recursos ordinarios do seu orzamento, e a regulación do aproveitamento dos bens comunais e a cesión, por calquera título, do aproveitamento destes bens.

ñ) As demais que lle deban corresponder ao Pleno cando a súa aprobación requira unha maioría especial.

o) Exercer as demais que de forma expresa lle atribúan as leis.

Corresponderalle, así mesmo, ao Pleno a votación sobre a moción de censura ao alcalde, que se rexerá polo disposto na lexislación electoral xeral.

Non son delegables as atribucións reservadas ao Pleno nas letras a), b), c), d), e), f), h), i), j), k), m) e ñ), e a votación sobre a moción de censura ao alcalde.

A delegación de atribucións do Pleno en favor da Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) requirirá acordo adoptado pola maioría do número legal de membros da Corporación. O acordo de delegación determinará os asuntos que esta comprenda, as potestades que se deleguen e as condicións concretas do seu exercicio.

A Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) estará integrada polo alcalde e un número de concelleiros non superior ao terzo do número legal destes, nomeados ou separados libremente polo alcalde, que deberá dar conta diso ao Pleno.

Corresponderanlle á Comisión de Goberno:

a) A asistencia ao alcalde no exercicio das súas atribucións.

b) As atribucións que o alcalde ou outro órgano municipal lle deleguen e as que lle atribúan as leis.

A Comisión Especial de Contas da entidade local estará constituída polos membros dos distintos grupos políticos da Corporación. O número de membros será proporcional á súa

representatividade no Concello ou igual para cada grupo. No último caso aplicarase o sistema de voto ponderado. Corresponderanlle á Comisión Especial de Contas o exame, estudo e informe da conta xeral e das demais contas anuais. Para o exercicio axeitado das súas funcións, a comisión poderá requirir, por medio do alcalde, a documentación complementaria que considere precisa e a presenza dos membros e funcionarios da Corporación especialmente relacionados coas contas que se analicen. As competencias da Comisión Especial de Contas entenderanse sen prexuízo das que lles correspondan ao Tribunal de Contas e ao Consello de Contas, de conformidade coa súa lexislación específica.

Constituiranse comisións de estudo, informe e consulta en todos os concellos de máis de cinco mil habitantes. Nos demais poderán constituírse potestativamente, se así o acorda o Pleno da Corporación. Corresponderanlles a estas comisións o estudo e o ditame previos dos asuntos que se deban someter á decisión do Pleno ou da Comisión de Goberno cando actúe por delegación deste. Así mesmo, poderán intervir en relación cos asuntos que deban someterse á Comisión de Goberno cando este órgano lles solicite ditame.

Os órganos territoriais para a xestión municipal desconcentrada e de participación cidadá

Nos concellos con máis de vinte mil habitantes poderanse constituír, coa finalidade de facilitar a participación cidadá na xestión dos asuntos municipais, órganos territoriais de xestión desconcentrada que integrarán concelleiros nun número que non poderá ser superior á metade do total dos seus compoñentes e representantes das asociacións de veciños, designados polo alcalde por proposta destas de acordo coa súa efectiva implantación. A presidencia do órgano corresponderalle ao concelleiro que para o efecto designe o alcalde de entre os que figuren na lista máis votada no territorio de que se trate.

Así mesmo, por acordo do Pleno e en concellos con máis de vinte mil habitantes, poderán crearse órganos de participación sectorial en relación cos ámbitos de actuación pública municipal que pola súa natureza o permitan coa finalidade de integrar a participación dos cidadáns e das súas asociacións nos asuntos municipais. Presidirán os órganos de participación sectorial os concelleiros nos cales delegue o alcalde.

Nos núcleos de poboación afastados do centro urbano e que non constitúan entidade local, o alcalde poderá nomear un alcalde de barrio para cada núcleo entre os veciños que residan neste. O alcalde tamén poderá nomear alcaldes de barrio nas cidades en que os servizos requiran esta designación. Cada alcalde de barrio terá que ser veciño daquel no que exerza as súas funcións. A duración do cargo estará suxeita á do mandato do alcalde que o nomeou, quen poderá apartalo cando o xulgue oportuno. Os alcaldes de barrio terán carácter de autoridade no cumprimento das súas tarefas habituais, en canto representantes do alcalde que os nomeou.

Os grupos políticos

Os concelleiros, para os efectos da súa actuación corporativa, constituiranse en grupos, que se corresponderán cos partidos políticos, federacións, coalicións ou agrupacións que obtivesen postos na Corporación. A Sentenza do Tribunal Constitucional 30/1993 declara que o lexislador optou como criterio de organización do traballo da Corporación polo encadramento dos concelleiros en grupos políticos. Cada partido político, federación, coalición ou agrupación constituirá un único grupo.

Ninguén pode pertencer simultaneamente a máis dun grupo. Integraranse, en todo caso, no grupo mixto os membros dos partidos políticos, federacións, coalicións ou agrupacións que non obtivesen un mínimo de dous escanos. No suposto de que non existise grupo mixto, este quedará constituído polo membro do partido político, federación, coalición ou agrupación que obtivese un só escano. Durante o mandato da Corporación, ningún membro desta poderá integrarse nun grupo distinto daquel en que o faga inicialmente.

Correspóndelles aos grupos políticos designar, mediante escrito do seu voceiro dirixido ao presidente, aqueles dos seus compoñentes que deban representalos en todos os órganos colexiados integrados por corporativos pertencentes aos diversos grupos.

Sempre que sexa posible, os diversos grupos políticos disporán, na sede da entidade local, dun despacho ou local para reunirse de xeito independente e recibir visitas dos cidadáns. Os grupos políticos poderán facer uso de locais municipais de reunión da Corporación para realizar reunións e sesións de traballo con asociacións para a defensa dos intereses colectivos, xerais ou sectoriais da poboación. Estas reunións non se permitirán se coinciden con sesións do Pleno ou porque a dispoñibilidade de espazos para

outros actos político-administrativos da Corporación o impida.

Competencias

O Concello, para a xestión dos seus intereses e no ámbito das súas competencias, poderá promover toda clase de actividades e prestar todos os servizos públicos que contribúan a satisfacer as necesidades e aspiracións da comunidade de veciños.

O Concello exercerá, en todo caso, competencias nos termos da lexislación do Estado e da comunidade autónoma nas seguintes materias:

- a) A seguridade en lugares públicos.
- b) A ordenación do tráfico de vehículos e persoas nas vías urbanas.
- c) A protección civil e a prevención e extinción de incendios.
- d) A ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística; a promoción e xestión de vivendas; os parques e xardíns; a pavimentación de vías públicas urbanas e a conservación de camiños e vías rurais.
- e) O patrimonio histórico-artístico.
- f) A protección do medio ambiente.
- g) Abastos, matadoiros, feiras, mercados e a defensa de usuarios e consumidores.
- h) A protección da salubridade pública.
- i) A participación na xestión da atención primaria da saúde.
- j) Os cemiterios e servizos funerarios.
- k) A prestación dos servizos sociais e a promoción e reinserción sociais.
- l) A subministración de auga, a iluminación pública, os servizos de limpeza viaria, a recollida e o tratamento de residuos, a rede de sumidoiros e o tratamento de augas residuais.
- m) O transporte público de viaxeiros.
- n) As actividades e instalacións culturais e deportivas, a ocupación do tempo libre e o turismo.
- ñ) A participación na programación do ensino e a cooperación coa Administración

educativa na creación, construción e mantemento dos centros docentes públicos; a intervención nos órganos de xestión dos centros docentes e a participación na vixilancia do cumprimento da escolaridade obrigatoria.

o) A execución de programas propios destinados á infancia, xuventude, muller e terceira idade.

p) A participación na formación de activos e desempregados.

Os servizos mínimos

Os concellos, segundo o artigo 81 da Lei de Administración local de Galicia, independentemente ou asociados, prestarán, como mínimo, os seguintes servizos:

a) En todos os concellos:

Iluminación pública, cemiterio, recollida selectiva, se é o caso, de residuos, limpeza viaria, abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros, acceso aos núcleos de poboación, pavimentación e conservación das vías públicas e control de alimentos e bebidas en todo o que non sexa competencia doutras administracións.

Nos concellos que contén cun núcleo urbano con poboación superior aos mil habitantes, prestarase o servizo de biblioteca pública.

b) Nos concellos cunha poboación superior aos cinco mil habitantes, ademais: parque público, biblioteca pública, mercado e tratamento de residuos.

c) Nos concellos de poboación superior a vinte mil habitantes, ademais: protección civil, prestación de servizos sociais, prevención e extinción de incendios e instalacións deportivas de uso público.

d) Nos concellos de poboación superior a cincuenta mil habitantes, ademais: transporte colectivo urbano de viaxeiros e protección do medio ambiente.

A prestación homoxénea dos servizos mínimos constitúe un obxectivo á consecución do cal se dirixirán, preferentemente, as funcións asistenciais e de cooperación municipal das deputacións provinciais, así como a coordinación e axuda da comunidade autónoma. O Consello da Xunta de Galicia establecerá, por proposta da consellaría competente en materia de réxime local, niveis homoxéneos de prestación dos servizos mínimos nos

termos que regulamentariamente se determinen.

As actividades complementarias doutras administracións públicas

Para a xestión dos seus intereses e unha vez que se garanta a prestación dos servizos mínimos, o Concello tamén poderá exercer actividades complementarias das propias doutras administracións públicas e, en particular, as relativas a: a) a educación; b) a cultura, a xuventude e o deporte; c) a promoción da muller; d) a vivenda; e) a atención primaria á saúde; f) a ocupación e a loita contra o paro; g) os arquivos, museos, conservatorios de música e centros de belas artes; h) o fomento das estruturas agrarias e a prestación de servizos de interese público agrario; i) a protección do medio ambiente.

Para a realización destas actividades, os concellos poderán exercer as potestades de execución que non estean atribuídas pola lexislación a outras administracións públicas, incluída, se é o caso, a de ditar regulamentos internos de organización dos correspondentes servizos. ORTEGA ÁLVAREZ entende que estas actividades constitúen auténticas competencias e teñen a mesma natureza que as restantes atribuídas legalmente.

A PROVINCIA: ORGANIZACIÓN E COMPETENCIAS.

A lei de Administración local de Galicia de 22 de xullo de 1997 (reformada mediante a lei 8/1999, do 30 de decembro, a lei 18/2008 do 29 de decembro, a lei 1/2010, do 11 de febreiro e a lei 4/2012 de 12 de abril, da Área Metropolitana de Vigo) é a norma autonómica de referencia nestas materias.

A lei de Administración local de Galicia define á provincia como unha entidade local de carácter territorial formada pola agrupación de municipios, con personalidade xurídica propia, autonomía e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins propios e específicos. En relación con este último elemento teleolóxico a propia norma clarifica que son fins propios e específicos da provincia garanti-los principios de solidariedade e equilibrio intermunicipais, no marco da política económica e social, e, en particular:

a) Asegura-la prestación integral e axeitada na totalidade do territorio provincial dos servizos de competencia municipal.

b) Participar na coordinación da Administración local coa da Comunidade Autónoma e coa do Estado.

No tocante ao seu carácter territorial hai que lembrar que o termo provincial é o ámbito territorial no que a Deputación Provincial exerce as súas competencias e que a modificación dos límites provinciais só poderá producirse por alteración dos termos municipais e mediante lei orgánica conforme a lexislación estatal básica.

Organización

Segundo MORELL OCAÑA a organización provincial constitúe un trasunto do establecido para os Concellos e, por conseguinte, non se observan outras variacións que as que impón a lóxica no que afecta ás competencias. Formarán parte da organización provincial:

a) O presidente, os vicepresidentes, o Pleno e a Comisión de Goberno (Xunta de Goberno). Será tamén órgano da provincia a Comisión Especial de Contas.

b) Son órganos complementarios as comisións de estudo, informe ou consulta, que acomodarán a súa constitución e funcionamento ás mesmas regras cás súas homónimas de ámbito municipal. O Pleno da Deputación, facendo uso da súa potestade de autoorganización, poderá crear calquera outro órgano de carácter complementario, sen outro límite có respecto á organización determinada pola lexislación básica e por esta lei.

Tódolos grupos políticos integrantes da Corporación terán dereito a participar, mediante a presenza de deputados pertencentes a eles, nos órganos complementarios da Deputación Provincial que teñan por función o estudo, informe ou consulta dos asuntos que teñan que ser sometidos á decisión do Pleno.

A interrelación básica entre os elementos da organización provincial é a seguinte: a elección do presidente réxese polo disposto na lexislación electoral xeral correspondéndolle ó presidente o nomeamento dos vicepresidentes e quedando o Pleno da Deputación Provincial constituído polo presidente e polos demais deputados provinciais.

Pola súa banda a Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) estará integrada polo presidente e por un número de deputados non superior á terceira parte do número legal de membros da Corporación, nomeados e separados libremente polo presidente, que lle dará conta disto ó Pleno.

Competencias do presidente da Deputación:

RIVERO YSERN afirma que a lei de Bases do réxime local, ao igual que fixo co alcalde, ten reforzado a figura do Presidente da Deputación, asignándolle, xunto a unha extensa relación de funcións, o exercicio daquelas atribucións que a lexislación do Estado ou das Comunidades Autónomas encomende á Deputación e que non estean expresamente atribuídas a outros órganos. Pódense citar:

- a) Representa-la Deputación.
- b) Dirixi-lo goberno e a administración da provincia.
- c) Convocar e presidi-las sesións do Pleno, a Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) e calquera outro órgano da Deputación.
- d) Dirixir, inspeccionar e impulsa-los servizos e obras dos cales a titularidade ou exercicio lle corresponde á Deputación Provincial.
- e) Ordena-la publicación e execución e facer cumpri-los acordos da Deputación.
- f) Autorizar e dispoñer gastos, dentro dos límites da súa competencia, ordenar pagamentos e render contas.
- g) Exerce-la dirección e as facultades en materia de persoal que non teña atribuídas o Pleno.
- h) Exercitar accións xudiciais e administrativas en caso de urxencia.
- i) Asegura-la xestión dos servizos propios da Comunidade Autónoma dos que a xestión ordinaria estea encomendada por esta á Deputación.
- j) Adoptar persoalmente e baixo a súa responsabilidade, en caso de catástrofe ou infortunios públicos, ou de grave perigo de que estes se produzan, as medidas precisas e axeitadas, dándolle inmediata conta delas ó Pleno da Deputación.
- k) Contratar obras e servizos sempre que a súa contía non exceda do cinco por cento dos recursos ordinarios do seu orzamento nin do cincuenta por cento do límite xeral aplicable ó procedemento negociado legalmente establecido.
- l) Autoriza-la contratación e concesión de obras, servizos e abastecementos que excedendo da contía sinalada no punto anterior teñan unha duración non superior a un

ano ou non esixan créditos superiores ó consignado no orzamento anual.

m) Facer cumprí-las ordenanzas e os regulamentos provinciais.

n) Decidi-los empates con voto de calidade.

ñ) Outorga-las autorizacións ou as licenzas, non sendo que as ordenanzas ou as leis sectoriais llo atribúan expresamente ó Pleno ou á Comisión de Goberno (Xunta de Goberno).

o) O desenvolvemento e a xestión económica conforme o orzamento aprobado.

p) Presidi-las poxas e adxudicar provisionalmente o remate.

q) Exerce-las demais atribucións que expresamente lle atribúan as leis.

r) O exercicio daquelas atribucións que as leis lle asignen á Deputación e non estean expresamente atribuídas a outros órganos.

O presidente pode delegar na Comisión de Goberno o exercicio das súas atribucións, a non se-la de convocar e presidi-las sesións do Pleno e da Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) e as enumeradas nas letras b), g) e h), todo isto sen prexuízo das delegacións especiais que, para encargos específicos, poida realizar en favor de calquera membro da Corporación, aínda que non pertenza á Comisión de Goberno (Xunta de Goberno).

Correspóndelles ós vicepresidentes, en canto tales, substituír na totalidade das súas funcións e pola orde do seu nomeamento ó presidente, nos casos de ausencia, enfermidade ou impedimento que imposibilite a este para o exercicio das súas atribucións, así como desempeña-las funcións do presidente nos supostos de vacante.

Competencias do Pleno da Deputación:

a) A organización da Deputación.

b) A aprobación de ordenanzas.

c) A aprobación e modificación dos orzamentos, a disposición de gastos dentro dos límites da súa competencia e a aprobación das contas.

d) A aprobación dos proxectos de carácter provincial.

e) O control e a fiscalización da xestión dos órganos de goberno.

f) A aprobación do cadro de persoal, a relación de postos de traballo, as bases das probas para a selección de persoal e para os concursos de provisión de postos de traballo, a fixación da contía das retribucións complementarias de funcionarios e o número e réxime do persoal eventual, todo isto nos termos da lexislación básica e desta lei, así como a separación do servizo dos funcionarios da Corporación, agás o disposto no artigo 99, número 4, da Lei 7/1985, reguladora das bases do réxime local, e a ratificación do despedimento do persoal laboral.

g) A alteración da cualificación xurídica dos bens de dominio público.

h) O alleamento do patrimonio.

i) A presentación de conflitos de competencias a outras entidades locais e demais administracións públicas.

j) O exercicio de accións xudiciais e administrativas.

k) Aquelas que deben corresponderlle ó Pleno por esixí-la súa aprobación unha maioría especial e ás que se refire o artigo 215 da lei de Administración local de Galicia.

l) A votación sobre a moción de censura ó presidente, que se rexerá polo disposto na lexislación electoral xeral.

m) Exerce-las demais que expresamente lle atribúan as leis.

O Pleno pode delegar na Comisión de Goberno (Xunta de Goberno) o exercicio das súas atribucións, salvo as enumeradas nas letras a), b), c), d), e), f), g), i), k) e l) .

Competencias da Comisión de Goberno (Xunta de Goberno):

a) A asistencia ó presidente no exercicio das súas atribucións.

b) As atribucións que o presidente ou outro órgano provincial lle deleguen ou que lle atribúan as leis.

Trátase segundo RIVERO de funcións análogas ás que na lexislación xeral se contemplan para a Xunta Municipal de Goberno.

Competencias das Provincias

Serán competencias propias das deputacións provinciais as que baixo este concepto lles atribúan as leis. As competencias propias exerceranse en réxime de autonomía e tendo en

conta como sinala a STC 32/1981, de 28 de xullo o respectivo ámbito de interese das diversas entidades.

Son competencias propias das deputacións provinciais, en calquera caso, as seguintes:

- a) Coordina-los servizos municipais entre si para garanti-la prestación integral e axeitada de servizos públicos en todo o territorio da provincia, cooperando, especialmente, cos municipios de poboación inferior a vinte mil habitantes para garanti-la súa efectividade.
- b) Prestarlles asistencia e cooperación xurídica, económica e técnica ós municipios, especialmente ós que teñan menor capacidade económica e de xestión.
- c) Presta-los servizos públicos de carácter supramunicipal.
- d) En xeral, o fomento e a administración dos intereses peculiares da provincia.

No exercicio das competencias que lle corresponden á Comunidade Autónoma, as leis do Parlamento de Galicia reguladoras dos distintos sectores da acción pública delimitarán como competencias propias das deputacións provinciais as que se consideren indispensables para a xestión dos intereses destas.

Pasaremos a facer un comentario máis polo miúdo destas competencias propias dos organismos provinciais.

En primeiro lugar e respecto da coordinación dos servizos municipais entre si para garanti-la prestación integral e axeitada dos servizos públicos en todo o territorio da provincia, hai que apuntar que as deputacións provinciais aprobarán anualmente un Plan provincial de cooperación de obras e servizos de competencia municipal, na elaboración do cal deberán participa-los municipios da provincia.

O plan, que deberá conter unha memoria xustificativa dos seus obxectivos e dos criterios de distribución dos fondos, poderá financiarse con medios propios da Deputación, coas contribucións municipais e coas subvencións que acorden a Xunta de Galicia e a Administración xeral do Estado con cargo ós respectivos orzamentos. A Xunta de Galicia poderá condicionar-la utilización ou o emprego das súas subvencións ó establecemento dos criterios e das condicións que considere convenientes.

As deputacións provinciais participarán activamente na elaboración e xestión dos plans de desenvolvemento comarcal, colaborando no cumprimento dos seus obxectivos a través das

unidades técnicas comarcais. Os plans de desenvolvemento comarcal terán o carácter de marco de referencia para a elaboración dos plans de cooperación de obras e servizos.

Para acadar unha eficaz coordinación dos investimentos públicos no territorio galego, os programas de cooperación económica coas entidades locais que elaboren as deputacións provinciais, calquera que sexa a súa denominación e natureza, serán postos, antes da súa aprobación, en coñecemento da Xunta de Galicia e da Comisión Galega de Cooperación Local.

As administracións públicas implicadas procurarán a elaboración dun plan único no que se fundan os investimentos públicos provenientes de todas elas; este plan rexeráse por un criterio de proporcionalidade que facilite o desenvolvemento dos referidos plans. Será coordinado pola Xunta de Galicia co apoio e asesoramento da Comisión Galega de Cooperación Local.

En segundo lugar a cooperación na asistencia xurídica en favor dos municipios será prestada polas deputacións provinciais, entre outras, das formas seguintes:

- a) Mediante o informe e asesoramento en cantas consultas lles sexan formuladas polos órganos competentes de tales entidades.
- b) Mediante a defensa en xuízo cando así lles sexa solicitado.

A asistencia económico-financeira será prestada polas deputacións provinciais, entre outras, das formas seguintes:

- a) Mediante o informe e asesoramento en cantas consultas lles sexan formuladas, sobre a xestión económico-financeira, polos órganos competentes.
- b) Mediante a cesión temporal en uso de material propio das deputacións provinciais.
- c) Mediante a concesión de subvencións a fondo perdido.
- d) Mediante a concesión de créditos e a creación de caixas de crédito para facilitarlles ós concellos operacións deste tipo.

As deputacións provinciais prestaranlles asistencia técnica ás entidades locais mediante a elaboración de estudos, proxectos e dirección de obras relativas a servizos da súa competencia, en especial no ámbito do urbanismo, da xestión tributaria e do

asesoramento e impulso das medidas destinadas a mellora-la organización administrativa con especial atención ós sistemas de traballo e á mecanización de tarefas.

Ademais as deputacións provinciais prestarán asistencia en materia de formación e perfeccionamento en xeral directamente ou a través da Escola Galega de Administración Pública na formación e perfeccionamento do persoal encargado da xestión económica das entidades locais.

Unha terceira faciana das competencias das Deputacións é a prestación de servizos de carácter supramunicipal.

A prestación de servizos que, pola súa natureza, excedan do ámbito dun municipio e non sexan asumidos por outra entidade local será atendida pola Deputación Provincial, logo do asinamento dos oportunos convenios ou acordos de cooperación. Esta cuestión é polémica no ámbito doutrinal, e así PAREJO ALFONSO entende que a caracterización polo artigo 141 da Constitución da Provincia como unha agrupación de municipios, conduce dereitamente á estimación de que a definición competencial entre ambas “non debe basearse tanto na diferenciación de asuntos canto nas funcións respecto das mesmas”. A prestación dos servizos supramunicipais, cando fose asumida pola Deputación Provincial, poderá efectuarse:

- a) A través dos servizos da propia Deputación Provincial, mediante calquera das formas de xestión previstas na lexislación vixente.
- b) Mediante a constitución de consorcios locais.

Por último correspóndelle tamén ás Deputacións o fomento e da administración dos intereses peculiares da provincia.

Compételles ás deputacións provinciais rexer e administra-los intereses peculiares da provincia, creando, conservando e mellorando os servizos que teñan por obxecto o fomento deles, e, en especial, os seguintes:

- a) Construción e conservación de estradas e camiños provinciais.
- b) Conservación de monumentos histórico-artísticos.
- c) Establecemento e conservación de bibliotecas.

d) Organización de concursos e exposicións e de calquera outra actividade que teña por finalidade o fomento en materia de cultura, educación e deporte.

e) Realización de obras en todo o territorio provincial.

De conformidade co previsto no artigo 41 do Estatuto de Autonomía para Galicia a Comunidade Autónoma de Galicia poderá transferir ou delegar competencias nas deputacións provinciais e encomendarlles a estas a xestión ordinaria dos seus propios servizos. Neste sentido hai que lembrar que a Sentenza do Tribunal Constitucional 27/1987, de 27 de febreiro advirte que as directrices que lle poidan impartir Estado ou Comunidades Autónomas ás provincias non poden supor unha modalidade de control nin colocar ás Deputacións Provinciais nunha posición de subordinación xerárquica ou cuasi xerárquica incompatible coa súa autonomía.

O réxime das competencias que a Comunidade Autónoma poida transferir ou delegar nas deputacións provinciais mediante lei do Parlamento de Galicia ou decreto do Consello da Xunta de Galicia, así como o da encomenda de xestión de servizos propios, acomodarse ás regras previstas no título IV da lei de Administración local de Galicia. S. MARTÍN-RETORTILLO entende que a coordinación competencial que poidan levar a cabo Estado e Comunidades autónomas non xustifica un título abstracto e permanente para que interveñan no ámbito das competencias propias locais.

OUTRAS ENTIDADES LOCAIS.

O artigo 40.2 do Estatuto de Autonomía para Galicia establece que por lei galega se poden crear agrupacións baseadas en feitos urbanísticos e outros de carácter funcional con fins específicos. Esta previsión estatutaria de novas figuras no ámbito local serve de base para que a lexislación autonómica teña regulado as figuras que se tratan a continuación. O Tribunal Constitucional ten manifestado (así na súa sentenza 214/1989, de 21 de decembro) que a aparición de novas entidades territoriais debe ter unha fonda repercusión sobre a delimitación do interese propio das entidades ata agora existentes e, en consecuencia, sobre o seu ámbito competencial.

As áreas metropolitanas

As áreas metropolitanas son entidades locais integradas polos municipios onde existen grandes aglomeracións urbanas e cando entre os seus núcleos de poboación haxa vinculacións económicas e sociais que fagan precisa a planificación conxunta e a coordinación de determinados servizos e obras. LLISET BORRELL entende que poden ser entidades territoriais, auténticas estruturas de segundo nivel, e entidades non territoriais para fins específicos.

Por lei do Parlamento de Galicia poderanse crear, modificar ou suprimir áreas metropolitanas. Correspóndelle á lei de creación determina-los órganos de goberno e administración, o réxime económico e de funcionamento, os servizos que debe prestar e as obras que debe realiza-la área metropolitana, así como as potestades que se lle atribúan e a xusta distribución de cargas entre os concellos que a integran. En ningún caso a creación dunha área metropolitana pode supoñer-la perda de competencias dos municipios integrados que lles fagan perde-la súa condición de tales.

A iniciativa para a creación da área metropolitana poderá partir dos municipios interesados, e, neste caso, requirirase acordo adoptado co voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros de cada Corporación. Adoptados os acordos elevaránselle ó conselleiro competente en materia de réxime local, quen examinará a regularidade do procedemento observado.

DERROGADOS POLA LEI 4/2012 DE 12 DE ABRIL

Da organización e do funcionamento da área metropolitana

A organización da área metropolitana rexerase polas seguintes regras:

1ª) Tódolos municipios integrados na área estarán representados nos seus órganos de goberno e administración.

2ª) *O goberno e a administración da área metropolitana corresponderanlle ó Consello Metropolitano. Deberá existir, ademais, unha Comisión de Goberno, un director xeral e un delegado da Xunta de Galicia na área metropolitana. Actuará como secretario quen o sexa do Concello onde radique a capitalidade da entidade local.*

3ª) Poderán complementa-la organización da área metropolitana:

- a) O Comité de Cooperación.
- b) Os órganos de participación sectorial.

As competencias das áreas metropolitanas

O obxecto da área metropolitana será determinado e, como lembra BARRERO RODRÍGUEZ, non poderá incluír tódalas competencias dos municipios que a integren. Corresponderalle á lei de creación da área metropolitana especifica-las súas competencias. Poderán corresponderlle, entre outras, as seguintes:

- a) A coordinación da planificación urbanística municipal e a xestión urbanística en ámbitos supramunicipais.
- b) A prestación daqueles servizos públicos respecto dos cales as áreas metropolitanas se converten no espazo máis idóneo, así:
 - A planificación hidrolóxica e a adución e redes de abastecemento de auga en alta.
 - Os mercados centrais de abastecemento e lonxas de peixe e a regulación e autorización das grandes superficies comerciais.
 - A coordinación dos transportes de viaxeiros e a súa infraestrutura.
 - A ordenación do tráfico de vehículos nas vías urbanas que afecten varios municipios.
 - A prevención e extinción de incendios.
 - O tratamento do lixo e o control das verteduras, sen prexuízo da competencia autonómica na materia.

A facenda das áreas metropolitanas

A facenda da área metropolitana estará constituída polos seguintes recursos:

- a) Os ingresos procedentes do seu patrimonio e demais de dereito privado.
- b) As contribucións dos municipios integrados na área metropolitana.
- c) As subvencións e os auxilios concedidos por outras administracións públicas.
- d) Os canons pola utilización de bens públicos ou as taxas e prezos públicos pola prestación de servizos.
- e) O produto das operacións de crédito.

f) As doazóns de entidades particulares.

g) Calquera outro que lle corresponda percibir de acordo coas leis.

As mancomunidades de municipios

Os municipios da Comunidade Autónoma de Galicia terán dereito a asociarse en mancomunidades para a execución ou prestación, en común, de obras, servizos e actividades da súa competencia. O obxecto da mancomunidad deberá ser determinado e non poderá asumir tódalas competencias dos municipios asociados.

A Xunta de Galicia, a través da Consellería competente en materia de réxime local:

a) Prestará tanta asistencia técnica e xurídica cumpra para a constitución e o funcionamento dunha mancomunidad.

b) Consignará no proxecto de orzamentos unha partida destinada ó fomento e á axuda das mancomunidades municipais estimulando o réxime asociativo.

A prestación mancomunada dos servizos municipais ou, se é o caso, a realización de obras do mesmo modo será un criterio que se considerará favorablemente á hora de outorgar calquera tipo de axuda ou subvención por parte da Xunta de Galicia.

Procedemento de constitución e de disolución das mancomunidades de municipios

A iniciativa para a constitución dunha mancomunidad poderá partir dun ou de varios dos municipios interesados. Os expedientes para a constitución de mancomunidades municipais, así como para a elaboración e subseguinte aprobación dos seus estatutos, iniciaranse cos acordos dos concellos promotores, que serán adoptados pola maioría absoluta do número legal de membros das corporacións.

Mediante tales acordos cada Concello designará un representante da Corporación que pasará a formar parte da Comisión Xestora, que terá a representación do grupo de municipios ata a definitiva constitución dos órganos de goberno da mancomunidad e que se encargará da tramitación do correspondente expediente. De entre os membros da Comisión Xestora elixirase un presidente e actuará como secretario o do Concello ó que pertenza o devandito presidente.

A organización e o funcionamento das mancomunidades

Rexeranse polo establecido nos seus propios estatutos, que se aprobarán de conformidade coas prescricións desta lei e que, en todo caso, deberán conter:

- a) Os municipios que a integran.
- b) O obxecto e os fins da mancomunidade.
- c) A denominación e o lugar onde radique a sede da mancomunidade.
- d) Os órganos de goberno, o número e forma de designación dos representantes dos municipios asociados e a forma de nomear e revogarlos administradores.
- e) Os recursos financeiros, as contribucións e compromisos e os dereitos e deberes dos municipios asociados.
- f) O prazo de duración e os supostos de disolución.
- g) As normas de funcionamento.
- h) A forma de liquidación.
- i) As relacións cos municipios interesados.

Os órganos de goberno da mancomunidade serán representativos dos concellos que a integran, debendo existir, en todo caso, a figura do presidente e do Pleno da mancomunidade.

No caso de disolución dunha mancomunidade, esta manterá a súa personalidade xurídica en tanto non sexa adoptado polo Pleno o acordo de liquidación e distribución do seu patrimonio, o cal se publicará no Diario Oficial de Galicia xunto co de disolución.

Organización das mancomunidades de municipios

Os órganos de goberno ou xuntas de mancomunidade estarán integrados por un presidente, un vicepresidente que o substitúa nas súas ausencias e o número de vogais que sinalen os estatutos.

Os estatutos da mancomunidade poderán prever, ademais, a existencia doutros órganos complementarios, xa sexan de carácter activo, como a Comisión de Goberno, ou consultivo, como as comisións informativas, de especial interese cando sexan múltiples os

servizos asumidos e xestionados.

Na Xunta da mancomunidade ou asemblea estarán representados, na proporción que se estableza nos estatutos da mancomunidade, tódolos municipios que a integren, esixencia que estima obvia SANTAMARÍA PASTOR. A designación do presidente e do vicepresidente atinxiralle á Xunta de mancomunidade ou asemblea, e, se nada din os estatutos, a elección realizárase en sesión extraordinaria e por maioría absoluta de votos.

Competencias das mancomunidades de municipios

Son competencias das mancomunidades de municipios:

- a) A administración e defensa do seu patrimonio.
- b) A execución de obras e prestación parcial ou integral de servizos do seu interese.
- c) Aqueloutras que lles sexan delegadas ou encomendadas por outras administracións públicas. QUINTANA LOPEZ móstrase favorable a interpretar que a creación de servizos é sempre unha decisión municipal, e non pode ser tomada de xeito independente pola mancomunidade.

A facenda das mancomunidades de municipios

As mancomunidades de municipios contarán cunha facenda propia integrada por:

- a) As taxas.
- b) Os prezos públicos.
- c) As contribucións especiais.
- d) As contribucións municipais.
- e) Os ingresos procedentes do seu patrimonio e demais de dereito privado.
- f) As subvencións.
- g) O produto de operacións de crédito.
- h) O produto de multas e sancións no ámbito da súa competencia.

Os concellos mancomunados consignarán nos seus orzamentos as cantidades precisas para atender, nos sucesivos exercicios económicos, as obrigas derivadas dos compromisos contraídos coa mancomunidade á que pertencen. Transcorrido o prazo para o ingreso das

contribucións dos municipios que integran a mancomunidade, o seu presidente poderá dirixirse á Comunidade Autónoma para a retención dos fondos do municipio debedor e o seu ingreso na facenda da mancomunidade.

Os consorcios locais

As entidades locais galegas poderán, con carácter voluntario, constituír consorcios locais entre si ou:

- a) Con outras administracións públicas para fins de interese común.
- b) Con entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan fins de interese público concorrentes cos das administracións públicas. Neste caso en tódolos órganos dos que se dote ó consorcio deberase garanti-la presenza maioritaria do sector público.

Os consorcios locais son entidades locais dotadas de personalidade xurídica propia e de capacidade para o cumprimento dos seus fins específicos, que virán definidos nos seus respectivos estatutos. Para a xestión dos servizos da súa competencia, os consorcios poderán empregar calquera das formas previstas na lexislación básica de réxime local e na lei galega de Administración local. SANTAMARÍA PASTOR láíase dos límites conceptuais difusos que ten esta figura en contraste coa da mancomunidade.

A iniciativa para a constitución dun consorcio local poderá partir dun ou de varios entes locais interesados. Os expedientes para a constitución de consorcios locais, así como para a elaboración e subseguinte aprobación dos seus estatutos, iniciaranse cos acordos das entidades locais promotoras, que deberán ser adoptados pola maioría absoluta do número legal de membros das corporacións.

Mediante os devanditos acordos cada entidade local designará un representante da Corporación que pasará a formar parte da Comisión Xestora, que terá a representación do grupo de entidades ata a definitiva constitución dos órganos de goberno do consorcio, que estarán integrados por representantes de tódalas entidades consorciadas na proporción que se fixe nos respectivos estatutos, e que se encargará da tramitación do correspondente expediente e da elaboración do proxecto de estatutos.

Para a elaboración dos estatutos, a creación de consorcios locais e para a modificación dos estatutos do consorcio local, así como para a súa disolución seguiranse as mesmas regras

e o mesmo procedemento que se estableceu para as mancomunidades de municipios na lexislación estatal básica e na lei galega de Administración local.

A Xunta de Galicia, a través da Consellería competente en materia de réxime local:

- a) Prestará tanta asistencia técnica e xurídica cumpra para a constitución e o funcionamento dos consorcios locais.
- b) Poderá conceder subvencións a fondo perdido á constitución de consorcios locais para a prestación dos servizos municipais ou, se é o caso, a realización de obras do mesmo carácter.

As entidades locais menores

Como sinala MENÉNDEZ GARCÍA, trátase dunha clase de entes que teñen sido pouco analizados pola doutrina administrativista. A lei di que os núcleos de poboación afastados xeograficamente do que teña a condición de capitalidade do municipio e con características peculiares propias poderán constituírse en entidades locais menores, para a xestión descentralizada dos seus intereses peculiares, sempre que:

- a) Se acredite a posesión de recursos suficientes para tal xestión e o axeitado exercicio das súas competencias.
- b) A súa constitución non supoña unha notable diminución da capacidade económica do municipio, que impida o normal cumprimento das súas obrigas ou mingüe a calidade dos servizos que viñese prestando.

Non poderá constituírse en entidade local menor o núcleo territorial no que radique a capitalidade do municipio.

Procedemento de constitución e de disolución das entidades locais menores

A iniciativa para a constitución dunha entidade local menor correspóndelles indistintamente a:

- a) Os dous terzos dos veciños do núcleo de poboación que pretende a súa constitución en entidade local menor.
- b) O Concello, que adoptará o acordo co voto favorable das dúas terceiras partes do número de feito da Corporación e, en todo caso, da maioría absoluta do número legal dos

membros dela.

O Concello someterá a iniciativa a información pública polo prazo dun mes. Transcorrido o prazo de exposición ó público, o Concello remitiralle á Consellería competente en materia de réxime local o expediente, no que deberán constar, como mínimo:

- a) Os motivos da iniciativa e a imposibilidade de recorrer a outros mecanismos que permitan a participación para a defensa dos seus intereses nunha xestión descentralizada.
- b) No caso de que se presentasen alegacións, certificación expedida polo secretario da Corporación relativa ó acordo de resolución delas, que deberá ser adoptado co voto favorable das dúas terceiras partes do número de feito e, en todo caso, da maioría absoluta do número legal de membros da Corporación.
- c) Informe económico-financeiro sobre a viabilidade da entidade local menor, con expresión dos ingresos, debidamente xustificados, que integrarán o seu orzamento e do importe previsto de gastos.
- d) Informe do Concello correspondente.

A Consellería competente en materia de réxime local requirirá o informe da Deputación Provincial correspondente. O Consello da Xunta de Galicia aprobará, mediante decreto e por proposta do conselleiro competente en materia de réxime local, a constitución da entidade local menor, que lle será comunicada á Administración central do Estado para os efectos da súa inscrición no Rexistro Estatal de Entidades Locais. O decreto publicárase no Diario Oficial de Galicia e no Boletín Oficial da Provincia respectiva.

Constituída a entidade local menor, estableceranse os seus límites territoriais e farase a súa segregación patrimonial por acordo do Concello e logo da proposta da Xunta Veciñal. O acordo municipal nesta materia requirirá a ratificación do Consello da Xunta de Galicia, por proposta do conselleiro competente en materia de réxime local.

Procederá a disolución dunha entidade local menor cando se aprecie a insuficiencia dos seus recursos ou a incapacidade para o exercicio das súas competencias. O procedemento para a disolución axustarase ás seguintes regras:

1ª) A iniciativa corresponderalle indistintamente:

- a) Ó Concello, que adoptará o acordo co voto favorable das dúas terceiras partes do

número de feito da Corporación e, en todo caso, da maioría absoluta do número legal dos membros dela.

b) Á Xunta Veciñal, mediante acordo adoptado pola maioría de dous terzos.

c) Á Consellería competente en materia de réxime local, por apreciación das circunstancias legalmente previstas.

2ª) No caso de que a iniciativa proceda do Concello ou da Xunta Veciñal, someterase o expediente a información pública por prazo dun mes, transcorrido o cal seralle remitido á Consellería competente en materia de réxime local, acompañado da certificación expedida polo secretario xeral da Corporación acreditativa do acordo relativo á estimación ou desestimación das reclamacións, se estas fosen presentadas.

No caso de que a iniciativa proceda da Consellería competente en materia de réxime local, daráselles audiencia previa á entidade local menor e ó Concello interesado.

3ª) Requiriráselle informe á Deputación Provincial correspondente, que o emitirá no prazo dun mes, e entenderase favorable se, transcorrido este, non fose emitido.

4ª) A resolución definitiva, mediante decreto e por proposta do conselleiro competente en materia de réxime local, correspóndelle ó Consello da Xunta de Galicia. O decreto publicarase no Diario Oficial de Galicia e no Boletín Oficial da respectiva provincia. Comunicaráselle, ademais, á Administración central, para os efectos da inscrición da entidade local menor no Rexistro Estatal de Entidades Locais.

Organización das entidades locais menores

As entidades locais menores contarán cun alcalde pedáneo, cunha Xunta Veciñal e cos outros órganos complementarios de que poidan dotarse de acordo co seu regulamento orgánico. A Xunta Veciñal estará formada polo alcalde pedáneo, que a presidirá, e por un número de vogais que non superará o terzo do de concelleiros que integren o Concello.

O alcalde pedáneo será elixido directamente polos veciños da correspondente entidade local menor, por sistema maioritario, mediante a presentación de candidatos polos distintos partidos, federacións, coalicións ou agrupacións de electores, coincidindo coas eleccións locais.

A designación dos vogais da Xunta Veciñal farase de conformidade cos resultados das

eleccións para o Concello, na sección ou nas seccións constitutivas da entidade local menor, segundo o disposto na lexislación electoral xeral.

O presidente ou alcalde pedáneo e a Xunta Veciñal terán as atribucións que a lexislación sinale para o alcalde e o Pleno, respectivamente, circunscritas á área das súas competencias territoriais e de xestión.

A Xunta Veciñal, órgano colexiado de goberno, ten as seguintes atribucións:

- a) A aprobación dos orzamentos, das ordenanzas e dos acordos de establecemento e de modificación de servizos.
- b) A administración do patrimonio e a adquisición, alleamento e cesión de bens.
- c) O control e a fiscalización das actuacións do alcalde-presidente e da xestión económica.
- d) En xeral, cantas lle asigne a lei ou o Pleno do Concello con respecto á súa administración no ámbito da entidade.

O réxime de funcionamento axustarase ó que dispoña o seu propio regulamento orgánico, se o houbese, ou ás disposicións xerais que rexen para os concellos.

O alcalde pedáneo designará, de entre os vogais da Xunta Veciñal, quen deba substituílo nos casos de vacante por ausencia ou enfermidade.

Na entidade de nova creación e mentres non se realicen eleccións locais, o goberno e a administración encomendaránselle a unha Comisión Xestora, integrada por tres membros, que serán nomeados pola Deputación Provincial respectiva de conformidade co resultado das eleccións na sección ou nas seccións correspondentes, por proposta dos partidos políticos con representación no Concello. Despois dos dez días naturais da súa designación, deberá constituírse a Comisión Xestora e elixir de entre os seus membros o presidente, fixándose a hora da constitución na orde de nomeamento. No caso de empate, será presidente o vogal da lista máis votada na sección correspondente.

Un membro da Xunta Veciñal terá dereito a asistir, con voz pero sen voto no punto da orde do día correspondente, ás comisións informativas existentes no Concello, sempre que nelas vaia ditaminarse algún asunto que afecte á entidade local menor.

Para o exercicio deste dereito, deberá ser citado á Comisión de referencia, como un

membro máis dela.

Competencias das entidades locais menores

Son:

- a) A administración e a defensa do seu patrimonio.
- b) A execución de obras e a prestación de servizos do seu interese, sempre e cando sexan realizados con fondos propios e non estean a cargo do respectivo Concello ou doutra entidade supramunicipal.
- c) A vixilancia, o mantemento e a limpeza das vías urbanas, camiños rurais, montes, fontes e lavadoiros.
- d) Aqueloutras que lle delegue o municipio, logo da aceptación pola entidade, e coa asignación dos recursos que cumpran para o seu exercicio. Esta posibilidade é interpretada por GALLEGO BURÍN como unha canle posible para resolver as dificultades que a acción dos Concellos poida atopar para o exercicio de certas actividades municipais.

A Comunidade Autónoma, as deputacións provinciais e os concellos poderán presta-la asistencia técnica, xurídica e económica precisa para que as entidades locais de ámbito territorial inferior ó municipal poidan facer efectivas as súas competencias coa maior economía e evitando a duplicidade de servizos.

A facenda das entidades locais menores

Estará constituída polos seguintes recursos:

- a) Os ingresos procedentes do seu patrimonio e demais de dereito privado.
- b) As taxas e prezos públicos.
- c) As contribucións especiais.
- d) Os ingresos procedentes de operacións de crédito.
- e) O produto de multas e sancións no ámbito da súa competencia.
- f) A participación nos impostos do Concello a que se refire a lexislación sobre facendas locais na contía que se estableza no decreto de creación. Esta participación non será en ningún caso inferior ó vinte e cinco por cento dos que se perciban no ámbito territorial da

entidade.

- g) As doazóns, as herdanzas, os legados e as cesións aceptadas pola entidade.
- h) Os procedentes de contribucións doutras entidades públicas supramunicipais, con carácter finalista pola participación en proxectos de actuación e investimentos xerais.
- i) Calquera outro ingreso de dereito público que a lei puidese atribuírlles.

Malia o establecido no apartado anterior, estas entidades deberán contribuír ó pagamento das cargas xerais do Concello, na proporción que se estableza no decreto de creación delas.

As agrupacións de municipios

As agrupacións voluntarias

Os municipios que por insuficiencia de recursos económicos non poidan soste-las prazas reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional poderán agruparse entre si para o único efecto do sostemento en común do devandito persoal. As entidades locais poderán agruparse, así mesmo, co obxecto de soste en común unha soa praza de funcionario técnico de administración especial ou de persoal auxiliar de administración xeral, cando a súa capacidade económica non lles permita sostela por si soas.

A Consellería competente en materia de réxime local prestará especial asesoramento e apoio á creación e ó funcionamento deste tipo de agrupacións de municipios, podendo serlles concedidas subvencións ata un máximo do cincuenta por cento dos custos do persoal polo tempo que se estableza e para o sostemento do cal se constituísen. As prazas non se designarán en tanto non estean agrupadas.

O funcionamento destas agrupacións regularase por uns estatutos que, para o efecto, serán redactados por unha comisión integrada por representantes dos municipios afectados, designados polos plenos deles. Nos devanditos estatutos fixarase, necesariamente, a participación económica de cada Concello, así como o réxime de dedicación do persoal a cada un deles.

O procedemento de constitución e de disolución destas agrupacións municipais axustarase ás seguintes regras:

- a) Iniciación por acordo das corporacións locais interesadas adoptado por maioría simple.
- b) Sometemento do expediente a información pública durante o prazo dun mes.
- c) Informe da Delegación do Goberno da Comunidade Autónoma galega e da Deputación ou das deputacións provinciais respectivas. Tales informes deberán ser emitidos no prazo dun mes a partir da súa solicitude, e entenderanse favorables no caso de non recibirse no referido prazo.
- d) Aprobación definitiva por acordo dos concellos, que será adoptado co voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da Corporación.
- e) Remisión do expediente á Consellería competente en materia de réxime local.

Formarán parte deste expediente, entre outros:

- 1º) As certificacións expedidas polos secretarios de cada Concello relativas ós acordos ós que se referidos. (?)
- 2º) Os informes antes citados.
- 3º) O proxecto de estatutos .
- 4º) As certificacións expedidas polos secretarios de cada Concello relativas á poboación e ós orzamentos municipais ordinarios e, se é o caso, á clasificación da praza.

Vistos os acordos, os informes e as certificacións, a Consellería competente en materia de réxime local elevaralle proposta de resolución ó Consello da Xunta de Galicia, o cal resolverá.

- f) Publicación do decreto polo que se constitúe a agrupación voluntaria de municipios no Diario Oficial de Galicia e no boletín ou nos boletíns oficiais das respectivas provincias.
- g) A constitución da agrupación seralle comunicada, pola Consellería competente en materia de réxime local, á Administración central do Estado.

As agrupacións forzosas

O Consello da Xunta de Galicia deberá acorda-la agrupación daqueles municipios nos que a poboación e os recursos ordinarios non superen as cifras que determine a Administración central do Estado, co obxecto de soste en común un posto único de secretario. Así mesmo, deberá acorda-la agrupación de municipios nos que as secretarías

estean catalogadas como de segunda ou de terceira clase, co fin de soste en común un posto único de interventor.

A constitución das agrupacións de municipios axustarase ó procedemento seguinte:

- a) Iniciación do expediente de oficio pola Xunta de Galicia, dándoselles audiencia ás corporacións locais afectadas polo prazo dun mes.
- b) Sometemento do expediente á información pública durante o prazo dun mes.
- c) Resolución do expediente polo Consello da Xunta de Galicia, por proposta do conselleiro competente en materia de réxime local.
- d) Publicación no Diario Oficial de Galicia e no boletín ou nos boletíns oficiais das respectivas provincias do decreto de constitución da agrupación de municipios e remisión deste á Administración central do Estado.

No acordo polo que se aprobe a constitución da agrupación forzosa de municipios para o sostemento en común de prazas de funcionarios con habilitación de carácter nacional determinaranse os municipios que deban agruparse e as normas mínimas polas que deberá rexerse a agrupación, que poderán ser desenvolvidas por acordo conxunto dos municipios afectados. A Xunta de Galicia, atendendo cada caso concreto, poderá fixar unha contribución para a atención desta obriga. SOSA WAGNER citaba ademais como caso de agrupación forzosa a prevista na lei de augas en relación coa Comunidade de usuarios que pode impoñer o Organismo de Conca.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRAS, DA SEGUINTE **BIBLIOGRAFÍA** SELECCIONADA

“El nuevo régimen de organización municipal tras la reforma de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre”. María Jesús García García. *Actualidad administrativa*, ISSN 1130-9946, n.º 14, 2005, páxs. 1676-1690.

“El libro blanco sobre la reforma de la autonomía local en España”. Hellmuth Wollmann, Gérard Marco, Alberto Lucarelli. *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, n.º 8, 2005, páxs. 7-32.

“Refuerzo competencial”. Luis Ángel Ballesteros Moffa. *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, n.º extra 1, 2006 (exemplar dedicado a “Pacto Local”), páxs. 57-96.

Elecciones Municipales y Gobierno Local. Miguel Ángel Presno Linera. Editorial Aranzadi. ISBN 8497674405.

El futuro del régimen local en España. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías / coord. por Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz, Vol. 1, 2003 (Teoría general del derecho. Derecho constitucional), ISBN 84-470-2091-6, páxs. 773-788.

Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local. Javier García Fernández. Parlamento y Constitución. Anuario, ISSN 1139-0026, Nº 6, 2002, páxs. 205-240.

La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica. Germán José Fernández Farreres. La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera / coord. por Francisco M. Caamaño Domínguez, 2003, ISBN 84-607-8650-1, páxs. 39-52.

Las mancomunidades en nuestro Derecho Local: Evolución histórica. Tomás Alberto Quintana López. Revista de estudios de la administración local y autonómica, ISSN 0213-4675, Nº 248, 1990, páxs. 713-732.

TEMA 10

FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES LOCAIS. POTESTADE REGULAMENTARIA DAS ORGANIZACIÓNS LOCAIS. RÉXIME XURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACORDOS.

TEMA 10. FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES LOCAIS. POTESTADE REGULAMENTARIA DAS ORGANIZACIÓNS LOCAIS. RÉXIME XURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACORDOS.

FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES LOCAIS.

A lei de Administración local de Galicia de 22 de julio de 1997 (reformada mediante a lei 8/1999, do 30 de decembro, a lei 18/2008 do 29 de decembro e a lei 1/2010, do 11 de febreiro, e a lei 4/2012 de 12 de abril, do Área Metropolitana de Vigo) é a norma autonómica de referencia nesta materia.

Preocúpase no seu artigo 210 de establecer que os órganos de goberno colexiados das entidades locais funcionarán en réxime de sesións ordinarias, de periodicidade preestablecida, e extraordinarias, que poden ser, ademais, urxentes.

En todo caso, o funcionamento do Pleno das corporacións locais axustarase ás seguintes regras:

- a) O Pleno realizará sesión ordinaria, como mínimo, cada dous meses e extraordinaria cando así o decida o presidente ou o solicite a cuarta parte, polo menos, do número legal dos membros da Corporación. Neste último caso o presidente verase obrigado a convocala dentro dos catro días seguintes ó da súa solicitude e a súa realización non poderá demorarse por máis dun mes desde que fose solicitada.
- b) As sesións plenarias serán convocadas, polo menos, con dous días hábiles de antelación, agás as extraordinarias con carácter urxente, nas que a convocatoria deberá ser ratificada polo Pleno. A documentación íntegra dos asuntos incluídos na orde do día, que servirá como base para o debate e, se é o caso, a votación, estará á disposición dos concelleiros ou deputados, desde o mesmo día da convocatoria, na Secretaría da Corporación.

c) O Pleno constitúese validamente coa asistencia dun tercio do número legal dos seus membros, que nunca poderá ser inferior a tres. Este quórum deberase manter durante toda a sesión. En todo caso, requírese a asistencia do presidente e do secretario da Corporación ou dos que legalmente os substitúan.

d) A adopción de acordos se produce mediante votación ordinaria, a non ser que o propio Pleno acorde, para un caso en concreto, a votación nominal. O voto pode emitirse en sentido afirmativo ou negativo, podendo os membros das corporacións absterse de votar.

A ausencia dun ou de varios concelleiros ou deputados, unha vez comezada a deliberación dun asunto, equivale, para efectos da votación correspondente, á abstención. No caso de votacións con resultado de empate, efectuarase unha nova votación, e, se persistise o empate, decidirá o voto de calidade do presidente.

A Comisión de Goberno (Xunta de Goberno), para exercer-las súas competencias resolutorias, terá sesións ordinarias coa periodicidade determinada polo Pleno da Corporación e sesións extraordinarias cando o presidente o decida. Para o exercicio das súas funcións de asistencia, reunirase cando o presidente da Corporación o determine. SANTAMARÍA PASTOR entende que o tratamento lexislativo do funcionamento deste órgano reforza a idea de que estamos ante un mero órgano auxiliar, de apoio ao alcalde, pois, ao seu xuízo, depende da súa vontade por completo.

A periodicidade das sesións ordinarias das comisións de estudo, informe ou consulta e dos órganos de participación será determinada polo Pleno. En todo caso será preceptiva a reunión das comisións con anterioridade ó pronunciamento do Pleno en asuntos da súa materia, agás cando teñan que adoptarse acordos declarados urxentes. Poderán, nembargantes, realizar sesións extraordinarias cando o seu presidente o decida ou cando o solicite a cuarta parte, polo menos, do número legal de membros.

A Comisión Especial de Contas terá que reunirse antes do día 1 de xuño de cada ano para emiti-lo informe preceptivo sobre as contas anuais da entidade local. As contas e a

documentación complementaria estarán á disposición dos membros da Comisión para exame e consulta como mínimo quince días antes da reunión.

Serán nulos os acordos adoptados en sesións extraordinarias sobre asuntos non comprendidos na súa convocatoria, así como os que se adopten nas sesións ordinarias sobre materias non incluídas na respectiva orde do día, agás especial e previa declaración de urxencia feita polo órgano correspondente, co voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da Corporación. Neste sentido matiza BALLESTEROS FERNANDEZ as previsións normativas lembrando o criterio flexible de certa xurisprudencia en orde ás irregularidades das convocatorias. Así a sentenza do 8 de maio de 1986 para a que a falla de convocatoria a un concelleiro é só motivo de anulabilidade e polo tanto subsanable pola asistencia á sesión do interesado.

As sesións dos órganos das corporacións locais terán lugar nas sedes delas, agás nos casos en que, por forza maior, o presidente crea conveniente realizalas noutro lugar do ámbito territorial da Corporación.

Os acordos das corporacións locais adoptaranse, como regra xeral, por maioría simple dos membros presentes. Existe maioría simple cando os votos afirmativos son máis cós votos negativos. Requirirase o voto favorable das dúas terceiras partes do número de feito e, en todo caso, da maioría absoluta do número legal de membros das corporacións para a adopción de acordos nas seguintes materias:

- a) Creación e supresión de municipios e alteración de termos municipais.
- b) Creación, modificación e supresión das entidades ás que fai referencia o artigo 45 da Lei reguladora das bases do réxime local e o título III da lei de Administración local de Galicia..
- c) Aprobación da delimitación do termo municipal.
- d) Alteración do nome e da capitalidade do municipio.

Cumprirá o voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da

Corporación para a adopción de acordos nas seguintes materias:

- a) Aprobación e modificación do regulamento orgánico propio da Corporación.
- b) Creación, modificación e disolución de mancomunidades ou outras organizacións asociativas, así como aprobación e modificación dos seus estatutos.
- c) Transferencia e delegación de funcións ou actividades a outras administracións públicas.
- d) Cesión, por calquera título, do aproveitamento de bens comunais.
- e) Concesión de bens ou servicios por máis de cinco anos, sempre que a súa contía exceda do dez por cento dos recursos ordinarios do orzamento.
- f) O exercicio de actividades económicas e a prestación de servicios esenciais en réxime de monopolio, así como a determinación da forma concreta de xestión do servicio ou da actividade.
- g) Aprobación de operacións financeiras ou de crédito ou concesión de quitas e esperas, cando o seu importe exceda do cinco por cento dos recursos ordinarios do seu orzamento.
- h) Imposición e ordenación dos recursos propios de carácter tributario.
- i) A aprobación que poña fin á tramitación municipal dos plans e instrumentos de ordenación previstos na lexislación urbanística.
- j) Separación do servicio dos funcionarios da Corporación e ratificación do despedimento disciplinario.
- k) Alleamento de bens, cando a súa contía exceda do dez por cento dos recursos ordinarios do seu orzamento.
- l) Alteración da cualificación xurídica dos bens demaniais ou comunais.
- m) Cesión gratuíta de bens a outras administracións ou institucións públicas.
- n) As restantes materias determinadas pola lei.

Este réxime xurídico autonómico non é completo sendo preciso acudir as previsións do Real Decreto 2568/1986, do 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais.

As sesións do Pleno poden ser de tres tipos:

a. Ordinarias.

b. Extraordinarias.

c. Extraordinarias de carácter urgente.

Son sesións ordinarias aquelas cuxa periodicidade está preestablecida. A devandita periodicidade fixárase por acordo do propio Pleno adoptado en sesión extraordinaria, que haberá de convocar o Alcalde ou Presidente dentro dos trinta días seguintes ao da sesión constitutiva da Corporación e non poderá exceder do límite trimestral a que se refire a lei 7/1985.

Son sesións extraordinarias aquelas que convoque o Alcalde ou Presidente con tal carácter, por iniciativa propia ou a solicitude da cuarta parte, ao menos, do número legal de membros da Corporación. Tal solicitude haberá de facerse por escrito no que se razoe o asunto ou asuntos que a motiven, asinado persoalmente por todos os que a subscriben.

A relación de asuntos incluídos no escrito non enerva a facultade do Alcalde ou Presidente para determinar os puntos da orde do día, se ben a exclusión deste de algún dos asuntos propostos deberá ser motivada.

A convocatoria da sesión extraordinaria a instancia de membros da Corporación deberá efectuarse dentro dos catro días seguintes á petición e non poderá demorarse a súa celebración por máis de dous meses desde que o escrito tivera entrada no Rexistro xeral.

Contra a denegación expresa ou presunta da solicitude a que se refire o parágrafo anterior, poderán interpoñerse polos interesados os correspondentes recursos, sen prexuízo de que a Administración do Estado ou da Comunidade Autónoma respectiva poda facer uso das facultades a que se refire o artigo 65 da LBRL.

Son sesións extraordinarias urxentes as convocadas polo Alcalde ou Presidente cando a urxencia do asunto ou asuntos a tratar non permite convocar a sesión extraordinaria coa antelación mínima de dous días hábiles esixida pola lei de bases do réxime local. Neste caso debe incluírse como primeiro punto da orde do día o pronunciamento do Pleno sobre a urxencia. Se esta non resulta apreciada polo Pleno, levantarase acto seguido a sesión.

A convocatoria

Corresponde ao Alcalde ou Presidente convocar todas as sesións do Pleno. A convocatoria das sesións extraordinarias haberá de ser motivada. Á convocatoria das sesións acompañarase a orde do día comprensivo dos asuntos a tratar co suficiente detalle, e os borradores de actas de sesións anteriores que deban ser aprobados na sesión.

A convocatoria, orde do día e borradores de actas deberán ser notificados aos concelleiros ou Deputados no seu domicilio. Entre a convocatoria e a celebración da sesión non poderán transcorrer menos de dous días hábiles, salvo no caso das sesións extraordinarias urxentes.

A convocatoria para unha sesión, ordinaria ou extraordinaria, dará lugar á apertura do correspondente expediente, no que deberá constar:

- a. A relación de expedientes concluídos que a Secretaría prepare e poña a disposición da Alcaldía ou Presidencia.
- b. A fixación da orde do día polo Alcalde ou Presidente.
- c. As copias das notificacións cursadas aos membros da Corporación.
- d. Copia do anuncio no taboleiro de edictos do Concello ou Deputación e, no seu caso, prensa local.

e. Minuta da acta.

f. Copias dos oficios de remisión dos acordos adoptados ás administracións do Estado e Comunidade Autónoma.

g. Publicación dos acordos no taboleiro de edictos.

Sendo preceptiva a notificación aos membros das Corporacións locais das correspondentes ordes do día, na Secretaría xeral deberá quedar debidamente acreditado o cumprimento deste requisito.

A orde do día das sesións

Fixarao o Alcalde ou Presidente asistido da Secretaría. Así mesmo, poderá recadar a asistencia dos membros da Comisión de Goberno e, onde esta non exista, dos Tenentes de Alcalde, e consultar se o estima oportuno aos portavoces dos grupos existentes na Corporación.

Na orde do día solo poden incluírse os asuntos que foran previamente ditaminados, informados ou sometidos a consulta da Comisión informativa que corresponda. O Alcalde ou Presidente, por razóns de urxencia debidamente motivada, poderá incluír na orde do día, a iniciativa propia ou a proposta de algún dos portavoces, asuntos que non foran previamente informados pola respectiva Comisión informativa, pero neste suposto non poderá adoptarse acordo algún sobre estes asuntos sen que o Pleno ratifique a súa inclusión na orde do día.

Na orde do día das sesións ordinarias incluírase sempre o punto de rogos e preguntas.

Serán nulos os acordos adoptados en sesións extraordinarias sobre asuntos non comprendidos na súa convocatoria, así como os que se adopten en sesións ordinarias

sobre materias non incluídas na respectiva orde do día, salvo especial e previa declaración de urxencia feita polo órgano correspondente, co voto favorable da maioría prevista no artigo 47.3 da Lei 7/1985.

Toda a documentación dos asuntos incluídos na orden do día que debe servir de base ao debate e, no seu caso, votación deberá estar a disposición dos membros da Corporación desde o mesmo día da convocatoria na Secretaría da mesma. Calquera membro da Corporación poderá, en consecuencia, examinala e incluso obter copias de documentos concretos que a integre, pero os orixinais non poderán saír do lugar no que se encontren postos de manifesto.

Lugar das sesións

O Pleno celebrará as súas sesións na Casa consistorial, Pazo provincial ou Sede da Corporación de que se trate, salvo nos supostos de forza maior nos que, a través da convocatoria ou dunha resolución do Alcalde ou Presidente ditada previamente e notificada a todos os membros da Corporación, poderá habilitarse outro edificio ou local a tal efecto. En todo caso, farase constar en acta esta circunstancia. En lugar preferente do salón de sesións estará colocada a efíxie da S. M. El Rei.

Lingua dos procedementos

As convocatorias das sesións, as ordes do día, mocións, votos particulares, propostas de acordo e ditames das Comisións informativas redactaranse en lingua castelá ou na lingua cooficial na Comunidade Autónoma á que pertenza a entidade, conforme á lexislación aplicable e aos acordos adoptados ao respecto pola correspondente Corporación. Redactaranse, asemade, na lingua cooficial na Comunidade Autónoma á que pertenza a Corporación, cando así o exixa a lexislación da Comunidade Autónoma ou o acorde a Corporación.

Nos debates poderán utilizarse, indistintamente, a lingua castelá ou a cooficial da

Comunidade Autónoma respectiva.

Toda sesión, sexa ordinaria ou extraordinaria, haberá de respectar o principio de unidade de acto e se procurará que termine no mesmo día do seu comezo. Se este terminara sen que se debateran e resolto todos os asuntos incluídos na orde do día, o Presidente poderá levantar a sesión. Neste caso os asuntos non debatidos haberán de incluírse na orde do día da seguinte sesión.

Durante o transcurso da sesión, o Presidente poderá acordar interrupcións ao seu prudente arbitrio, para permitir as deliberacións dos grupos por separado sobre a cuestión debatida, ou para descanso nos debates.

Publicidade

Serán públicas as sesións do Pleno. Non obstante, poderá ser secreto o debate e a votación de aqueles asuntos que podan afectar ao dereito fundamental dos cidadáns a que se refire o artigo 18.1 da Constitución española, cando así se acorde por maioría absoluta. Para ampliar a difusión auditiva ou visual do desenrolo das sesións poderán instalarse sistemas megafónicos ou circuítos pechados de televisión.

O público asistente ás sesións non poderá intervir nestas, nin tampouco poderán permitirse manifestacións de agrado ou desagrado, podendo o Presidente proceder, en casos extremos, á expulsión do asistente que por calquera causa impida o normal desenrolo da sesión. Sen prexuízo deso, unha vez levantada a sesión, a Corporación pode establecer unha quenda de consultas polo público asistente sobre temas concretos de interese municipal.

Os membros da Corporación tomarán asento no salón de sesións unidos ao seu grupo. A orde de colocación dos grupos determinarase polo Presidente, oídos os portavoces, tendo

preferencia o grupo formado polos membros da lista que obtivera maior número de votos. En calquera caso, a colocación dos membros corporativos tenderá a facilitar a emisión e recuento dos votos.

Quorum

Para a válida constitución do Pleno requírese a asistencia dun terzo do número legal de membros da Corporación, que nunca poderá ser inferior a tres. Este quórum deberá manterse durante toda a sesión. En todo caso requírese a asistencia do Presidente e do secretario da Corporación ou de aqueles que legalmente os substitúan.

Se en primeira convocatoria non existira o quórum necesario segundo o disposto no número anterior, entenderase convocada a sesión automaticamente á mesma hora, dous días despois. Se tampouco entón se alcanzase o quórum necesario, a Presidencia deixará sen efecto a convocatoria pospoñendo o estudo dos asuntos incluídos na orde do día para a primeira sesión que se celebre con posterioridade, sexa ordinaria ou extraordinaria.

Os debates

As sesións comezarán preguntando o Presidente se algún membro da Corporación ten que formular algunha observación á acta da sesión anterior que se distribuíra coa convocatoria. Se non houbera observacións considerárase aprobada. Se as houbera debateranse e decidirán as rectificacións que procedan.

En ningún caso poderá modificarse o fondo dos acordos adoptados e solo caberá subsanar os meros erros materiais ou de feito. Ao reseñar, en cada acta, a lectura e aprobación da anterior consignaranse as observacións e rectificacións practicadas.

Todos os asuntos debateranse e votarán polo orden en que estivesen relacionados na orde do día. Non obstante o disposto, o Alcalde ou Presidente pode alterar a orde dos temas, ou retirar un asunto cando a súa aprobación esixira unha maioría especial e esta non puidera obterse no momento previsto inicialmente na orde do día.

Nas sesións ordinarias, concluído o exame dos asuntos incluídos na orde do día e antes de pasar á quenda de rogos e preguntas, o Presidente preguntará se algún grupo político desexa someter á consideración do Pleno por razóns de urxencia, algún asunto non comprendido na orden do día que acompañaba á convocatoria e que non teña cabida no punto de rogos y preguntas.

Se así fóra, o Portavoz do grupo propoñente xustificará a urxencia da moción e o Pleno votará, acto seguido, sobre a procedencia do seu debate. O disposto neste apartado non será de aplicación, en ningún caso, ás mocións de censura.

Calquera concelleiro poderá pedir, durante o debate, a retirada de algún expediente incluído na orde de día, a efecto de que se incorporen ao mesmo documentos ou informes, e tamén que o expediente quede sobre a mesa, aprazándose a súa discusión para a seguinte sesión. En ambos casos, a petición será votada, tras terminar o debate e antes de proceder á votación sobre o fondo do asunto. Se a maioría simple votase a favor da petición non haberá lugar a votar a proposta de acordo.

No suposto de que se trate de asuntos non incluídos na orde do día que requiran informe preceptivo da Secretaría ou da intervención, se non puideran emitilo no acto, deberán solicitar do Presidente que se aprace o seu estudio quedando sobre a mesa hasta a próxima sesión. Cando dita petición non fóra atendida, o secretario o fará constar expresamente no acta.

A consideración de cada punto incluído na orde do día comezará coa lectura, íntegra ou en extracto, polo secretario, do ditame formulado pola Comisión informativa correspondente

ou, se se trata dun asunto urxente, non ditaminado pola mesma, da proposición que se somete ao Pleno. A solicitude de calquera grupo deberá darse lectura íntegra a aquelas partes do expediente ou do informe ou ditame da Comisión que se considere conveniente para mellor comprensión.

Se ningún solicitara a palabra trala lectura, o asunto someterase directamente a votación.

Se se promove debate, as intervencións serán ordenadas polo Alcalde ou Presidente conforme ás seguintes regras:

- a. Solo poderá facerse uso da palabra previa autorización do Alcalde ou Presidente.
- b. O debate iniciárase cunha exposición e xustificación da proposta, a cargo de algún membro da Comisión informativa que a houbera ditaminado ou, nos demais casos, de algún dos membros da Corporación que subscriban a proposición ou moción, en nome propio ou do colectivo ou órgano municipal propoñente da mesma.
- c. A continuación, os diversos grupos consumirán unha primeira quenda. O Alcalde ou Presidente velará para que todas as intervencións teñan unha duración igual.
- d. Quen se considere aludido por unha intervención poderá solicitar do Alcalde ou Presidente que se conceda unha quenda por alusións, que será breve e concisa.
- e. Se o solicitara algún grupo, procederase a unha segunda quenda. Consumido esta, o Alcalde ou Presidente pode dar por terminada a discusión que se cerrará cunha intervención do poñente na que brevemente ratificará ou modificará a súa proposta.

- f. Non se admitirán outras interrupcións que as do Presidente para chamar á orde ou á cuestión debatida.

Os membros da Corporación poderán en calquera momento do debate pedir a palabra para pedir unha cuestión de orde, invocando ao efecto a norma cuxa aplicación reclama. O Presidente resolverá o que proceda, sen que por este motivo se suscite debate algún.

Os funcionarios responsables da Secretaría e da intervención poderán intervir cando foran requiridos polo Presidente por razóns de asesoramento técnico ou aclaración de conceptos. Cando os devanditos funcionarios entendan que no debate se suscitou algunha cuestión sobre a que poda dubidarse sobre a legalidade ou repercusións orzamentarias do punto debatido poderán solicitar ao Presidente o uso da palabra para asesorar á Corporación.

O Alcalde ou Presidente poderá chamar á orde a calquera membro da Corporación que:

- a. Profira palabras ou verta conceptos ofensivos ao decoro da Corporación ou do seus membros, das institucións públicas ou de calquera outra persoa ou entidade.
- b. Produza interrupcións ou, de calquera outra forma, altere a orde das sesións.
- c. Pretenda facer uso da palabra sen que lle fóra concedida ou unha vez que lle fóra retirada.

Tras tres chamadas á orde na mesma sesión, con advertencia na segunda das consecuencias dunha terceira chamada, o Presidente poderá ordenarlle que abandone o local en que se estea celebrando a reunión, adoptando as medidas que considere oportunas para facer efectiva a expulsión.

Nos supostos en que, de conformidade co establecido na lei de bases do réxime local, algún membro da Corporación deba absterse de participar na deliberación e votación, deberá abandonar o Salón mentres se discuta e vote o asunto, salvo cando se trate de debater a súa actuación como corporativo, en que terá dereito a permanecer e defenderse.

Aos efectos do desenvolvemento das sesións e para definir o carácter das intervencións dos membros da Corporación, utilizarase a seguinte terminoloxía:

1. Ditame, é a proposta sometida ao Pleno tralo estudio do expediente pola Comisión informativa. Contén unha parte expositiva e un acordo a adoptar.
2. Proposición, é a proposta que se somete ao Pleno relativa a un asunto incluído na orde do día, que acompaña á convocatoria. Conterá unha parte expositiva ou xustificación e un acordo, así mesmo, a adoptar. Non procederá entrar a debater nin votar unha proposición sen que previamente se ratificara a inclusión do asunto na orden do día.
3. Moción, é a proposta que se somete directamente a coñecemento do Pleno. Poderá formularse por escrito ou oralmente.
4. Voto particular, é a proposta de modificación dun ditame formulada por un membro que forma parte da Comisión informativa. Deberá acompañar ao ditame desde o día seguinte a súa aprobación pola Comisión.
5. Emenda, é a proposta de modificación dun ditame ou proposición presentada por calquera membro, mediante escrito presentado ao Presidente antes de iniciarse a deliberación do asunto.

6. Rogo, é a formulación dunha proposta de actuación dirixida a algúns dos órganos de goberno municipal. Os rogos formulados no seo do Pleno poderán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación.

Poden presentar rogos todos os membros da Corporación, ou os grupos municipais a través dos seus portavoces.

Os rogos poderán ser efectuados oralmente ou por escrito e serán debatidos xeralmente na sesión seguinte, sen prexuízo de que o podan ser na mesma sesión que se formulen se o Alcalde ou Presidente o estima conveniente.

7. Pregunta, é calquera cuestión prantexada aos órganos de goberno no seo do Pleno. Poden presentar preguntas todos os membros da Corporación, ou os grupos municipais a través dos seus portavoces. As preguntas tramitadas oralmente no transcurso dunha sesión serán xeralmente contestadas polo seu destinatario na sesión seguinte, sen prexuízo de que o preguntado queira darlle resposta inmediata.

As preguntas formuladas por escrito serán contestadas polo seu destinatario na sesión seguinte, sen prexuízo de que o preguntado queira darlle resposta inmediata. As preguntas formuladas por escrito con vintecatro horas de antelación, serán contestadas ordinariamente na sesión ou, por causas debidamente motivadas, na seguinte.

POTESTADE REGULAMENTARIA DAS ORGANIZACIÓNS LOCAIS.

A potestade regulamentaria existe no ordenamento xurídico español no caso dos municipios, as provincias –das que a Constitución predica tamén a autonomía no art. 141- e as Illas, ben que para elas non exista atributo regulado constitucionalmente. O artigo 4.1.a) da LBRL (e o mesmo precepto do ROF) é ben expresivo cando refire aos Municipios,

as Provincias e as Illas as potestades regulamentaria e de autoorganización.

A doutrina administrativista entende que, sen embargo, a importancia da potestade regulamentaria de Provincias e Illas é, en abstracto, moito menor que a municipal. Por motivos históricos, por suposto, pero tamén pola índole das competencias atribuídas aos diversos Entes locais no ordenamento xurídico vixente, moito máis ricas e complexas as do Municipios. Esa é a causa, tamén de que o ordenamento xurídico, a doutrina e a xurisprudencia sobre a potestade regulamentaria dos Entes locais construírase fundamentalmente sobre as Ordenanzas e Regulamentos municipais, non sobre a potestade regulamentaria das Provincias ou das Illas.

Un problema singular suscítase á hora de dilucidar se os Entes locais de ámbito inferior á municipal posúen, ou non, potestade regulamentaria. En principio, o mesmo precepto antes citado que fala da potestade regulamentaria dos Municipios, Provincias e Illas, é máis cauto no seu apartado segundo á hora de referirse ás potestades dos outros Entes locais. Dí así este apartado:

“O disposto no número precedente e no artigo 2 , poderá ser de aplicación ás Entidades territoriais de ámbito inferior ao municipal e, así mesmo, ás Comarcas, Áreas metropolitanas e demais Entidades Locais, debendo as leis das Comunidades Autónomas concretar cales de aquelas potestades serán de aplicación”.

Remisión, por tanto ao que indique a lexislación das CC.AA. Non obstante, temos que referirnos tamén dentro da normativa básica estatal ao artigo 4.b) del TRLL que da competencia á Xunta ou Asemblea veciñal das Entidades Locais “menores” para aprobar Ordenanzas fiscais e na súa letra d) lles outorga “en xeral cantas atribucións se asignan pola Lei ao Concello Pleno con respecto á Administración do Municipio no ámbito da entidade” . (PARA QUITAR. NO EXISTE 4.B) TRLL. DE HECHO NO EXISTE TRLL SINO TRRL)

Órganos competentes

Dentro dos Entes municipais corresponde a competencia de elaborar e aprobar as Ordenanzas e Regulamentos sempre ao órgano colexiado supremo, que é o Pleno do Concello cfr. art. 22.2d) LBRL. Poderían distinguirse desta competencia xenérica as mencións a outras formas regulamentarias dentro do mesmo artigo. Así, a letra c) referiríase ás Ordenanzas urbanísticas (na súa referencia aos "demais instrumentos de ordenación previstos na lexislación urbanística"), a letra e) ás fiscais e á letra q), residualmente, ás demais formas regulamentarias que contiveran as leis. Estas competencias non son delegables no Alcalde e na Comisión do goberno (Xunta de Goberno), pese ás tendencias favorables que a elo, en xeral, mostra a Lei 11/1999, do 21 de abril, que modificou nese senso este precepto e outros da LBRL. Non obstante, as competencias incluídas nas letras c), d) e e), son indelegables. Por outra banda, e aínda que non se prohiba a delegación das competencias residuais incluídas na letra q), EMBID IRUJO cree que no que se refiren á aprobación de Ordenanzas distintas das mencionadas, o sentido institucional do exercicio da potestade regulamentaria local e a analoxía cos supostos indicados, fai que tamén alí sexa imposible a delegación, de un modo semellante a como o ten interpretado a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de outubro de 1999.

Por outra parte nalgúns casos é necesario que para a aprobación definitiva das Ordenanzas o Concello se pronuncie co quórum especial de maioría absoluta do número legal de membros da Corporación [por exemplo para os Regulamentos orgánicos cfr. art. 47.2.f) LBRL e extensible a calquera pronunciamento previo da Corporación local (aprobación inicial) que poidan ter lugar neses mesmos casos. No resto dos supostos haberá que concluír, conforme ao sistema xeral de adopción de acordos na LBRL, que basta a maioría simple para a aprobación (art. 47.1 LBRL).

O autor citado igualmente pensa que debe aplicarse tamén ao suposto das ordenanzas de construción posto que a LBRL só esixe a maioría absoluta para "os acordos que corresponda adoptar á Corporación na tramitación dos instrumentos de *planeamento xeral* previstos na lexislación urbanística" [art. 47.2.II) LBRL]. As Ordenanzas de construción, é obvio, non son instrumento de planeamento xeral senón perfectamente concebibles á

marxe do planeamento, polo que non hai lugar a aplicar esa regra extraordinaria de maiorías.

Tramitación da aprobación de ordenanzas.

O procedemento administrativo de elaboración e aprobación de Ordenanzas é o que contén o artigo 49 LBRL, procedemento especial e preferente ao que poidan regular as normas xerais do procedemento administrativo aplicables (agora normas das CCAA) sobre a elaboración das disposicións de carácter xeral e deixando á marxe as peculiaridades que poidan existir nalgúns Ordenanzas en concreto. Polo tanto e como ten lembrado o Tribunal Supremo na súa sentenza do 22 de xuño de 1994 non é preciso levar a cabo unha audiencia expresa aos interesados no sentido que adoitan dispor as normas do procedemento administrativo, e tampouco o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo autonómico.

Ese procedemento consiste nunha aprobación inicial, unha fase de información pública dirixida aos veciños e aos interesados por un mínimo de 30 días e, finalmente, unha aprobación definitiva por parte do Concello na que deberán resolverse as alegacións que, se é o caso foran formuladas na fase de información pública. Ademais do indicado, múltiples leis sectoriais soen introducir a obriga de solicitar informe a órganos do Estado ou da Comunidade Autónoma nesa fase de elaboración, informe preceptivo e, en ocasións, ata vinculante no que poida referirse especificamente ás competencias afectadas do Estado e das CCAA sen que poidan establecerse aquí criterios xerais, senón remitir ao ordenamento sectorial en cada caso aplicable.

Nalgún tipo de Ordenanzas, como as especiais de aproveitamentos comunais reguladas no artigo 75 do Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril polo que se aproba o Texto Refundido das disposicións legais vixentes en materia de Rexime Local (TRLBRL), se prevé excepcionalmente no seu punto cuarto, unha aprobación do órgano competente da Comunidade Autónoma previo ditame do órgano consultivo autonómico, se existira, ou do Consello do Estado debendo nas Ordenanzas de urbanismo estarse ao que dispoña cada

lexislación autonómica.

SANTAMARÍA PASTOR mantén que as relacións entre as distintas normas regulamentarias no ámbito local (Regulamento orgánico da entidade, Ordenanzas e Orzamento) réxense polo principio de competencia, pois proveñen todas do mesmo órgano (o Pleno) e a falla de previsión legal expresa, non pode existir unha ordenación xerárquica das mesmas.

Non existe ningún procedemento de control que poidan realizar o Estado e as CCAA sobre as Ordenanzas. Aínda cando o TC na súa Sentencia de 2 de febreiro de 1981 sancionou a constitucionalidade do control administrativo establecido na LRL sobre as ordenanzas e regulamentos locais en canto o era exclusivamente de legalidade, o certo é que a lexislación actualmente vixente representa un notable xiro sobre o contido da normativa anterior. O control sobre as Ordenanzas (como sobre a actividade local en xeral) é entregado pola LBRL aos Tribunais.

Trala correspondente apelación aos Tribunais por parte do Estado ou das CCAA por contravir a Ordenanza o ordenamento xurídico o exceder da competencia municipal o que tamén é, por certo, contravir o ordenamento xurídico os Tribunais da orde contencioso-administrativo serán os que resolvan mediante Sentencia sobre a validez do dereito municipal. Igual competencia, obviamente, lles correspondería coñecendo do recurso contencioso-administrativo que interpuxera un lexitimado para elo.

Finalmente e trala reforma da Lei 30/1992 realizada pola Lei 4/1999, está regulada expresamente no noso ordenamento xurídico a posibilidade de revisión de oficio das disposicións de carácter xeral. Antes GOMEZ FERRER entendía que esta conclusión era posible alcanzala só pola vía interpretativa, ante a falla de mención expresa legal. A mención da Lei básica debería alcanzar, pois, ás Ordenanzas e Regulamentos municipais dada a súa natureza xurídica de disposicións de carácter xeral. En todo caso e por aplicación do artigo 102 citado, o pronunciamento de nulidade esixe o previo ditame vinculante do Consello de Estado ou do órgano consultivo autonómico, se existe.

Publicación e entrada en vigor

Dada a natureza xurídica normativa das Ordenanzas e Regulamentos municipais, a súa necesidade de publicación ten unha base constitucional no principio de publicidade normativa a que se refire o artigo 9.3 da Constitución Española e que no ámbito da vida local tivo un efecto evidente co artigo 70.2 LBRL que reaccionou contra a práctica da lexislación do pasado réxime de non publicar este dereito . Este artigo 70.2 LBRL non solucionaba todos os problemas existentes e foi obxecto dunha modificación realizada pola Lei 39/1994, de 30 de decembro, e polo apartado 1 do artigo primeiro da Lei 57/2003, de 16 de decembro, de medidas para a modernización do goberno local, tralas que o texto legal queda da seguinte forma no que fai referencia, exclusivamente, á publicación das Ordenanzas:

“As ordenanzas, incluídos o articulado das normas dos Plans Urbanísticos, así como os acordos correspondentes a estes cuxa aprobación definitiva sexa competencia dos Entes locais, publícanse no Boletín Oficial da Provincia e non entran en vigor hasta que se publicara completamente o seu texto e transcorrera o prazo previsto no artigo 65.2 salvo os presupostos e as ordenanzas fiscais que se publican e entran en vigor nos termos establecidos na Lei 39/1988, de 28 de decembro, Reguladora das Facendas Locais. ”

Do texto advirte EMBID a súa vontade de aplicación a múltiples formas da normativa local, prantexamento que resulta evidente coa mención ao articulado dos Plans Urbanísticos , expresión que supera, por tanto, o ámbito estrito das tradicionais Ordenanzas de edificación . Non obstante, debe notarse cómo no precepto transcrito hai referencia exclusiva a aqueles Plans aprobados definitivamente polas Entidades locais, o que deixa fora de consideración a aqueles Plans urbanísticos que son aprobados definitivamente polos órganos autonómicos que determine a lexislación urbanística de cada Comunidade Autónoma e que, por tanto, serán obxecto de publicación oficial na forma que determine a propia normativa urbanística da Comunidade Autónoma correspondente.

A publicación debe ter lugar no Boletín Oficial da Provincia e tal e como o Tribunal Constitucional interpretou esta mención, non é substituíble pola publicación nun Diario Oficial autonómico aínda cando iso fóra determinado pola propia normativa da Comunidade Autónoma, pois o Tribunal Constitucional na súa Sentencia 239/1999, de 16 de decembro (F.J. 80), considerou básica esta prescrición .

Finalmente hai que constatar cómo o precepto conecta a publicación coa entrada en vigor como corresponde, obviamente, a unha norma. Non obstante, no texto citado esa entrada en vigor é non solo dependente da publicación, senón tamén do transcurso do prazo de requirimento establecido no artigo 65.2 LBRL. Isto quere dicir, dadas as características dese requirimento, que se fixa unha *vacatio legis* mínima de difícil determinación en ocasións –pois depende tanto da publicación como do hipotético requirimento- e que, en todo caso, non creo que houbera que entendela como unha prohibición de que a Entidade local, en función da súa autonomía, determinara outra sempre e cando se respectara o prazo establecido no artigo 65.2 LBRL sobre o que se debe, en todo caso, establecer unha forma de cómputo segura para favorecer o principio de seguridade xurídica, autenticamente elemental no relativo a algo tan importante como a entrada en vigor dunha norma .

RÉXIME XURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACORDOS.

Antonio Jiménez-Blanco sinala que a lei reguladora das bases do réxime local, sin mencionar o pouco simpático termo “control” e baixo o rótulo xeral de “impugnación de actos e acordos” se ocupa do recurso xurisdiccional contra as resolucións dos Entes locais, que pode interpor a Administración superior. Ademáis desta regulación a lei galega contempla certas disposicións sobre o réxime xurídico local que son interese para o funcionamento das entidades en Galicia.

Deste xeito os actos das entidades locais de Galicia son inmediatamente executivos, salvo en aqueles casos en que una disposición legal estableza o contrario ou cando se suspenda a súa eficacia de acordo coa lei 7/1985 do 2 de abril.

A eficacia quedará demorada cando así ou esixa ou contido do acto ou estea supeditada á súa notificación e publicación, ou cando unha Lei esixa a súa aprobación por outra Administración pública.

Contra os actos e acordos das entidades locais que poñan fin á vía administrativa, os interesados poderán, previo recurso de reposición ou reclamación previa nos casos en que proceda, exercer as accións pertinentes ante a xurisdición competente. Xunto aos suxeitos lexitimados no réxime xeral do proceso contencioso-administrativo, poderán impugnar os actos e acordos das entidades locais que incorran en infracción do ordenamento xurídico os membros das Corporacións locais que houberan votado en contra de tales actos e acordos.

Poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- a. As do Pleno, os Alcaldes, Presidentes e Comisións de Goberno, salvo os casos excepcionais en que unha Lei sectorial requira a aprobación ulterior da Administración do Estado ou da Comunidade Autónoma, ou cando proceda recurso ante estas nos supostos do artigo 27.2 da lei 7/1985, de 2 de abril.
- b. As das autoridades e órganos inferiores nos casos que resolvan por delegación do Alcalde, do Presidente ou de outro órgano cuxas resolucións poñan fin á vía administrativa.
- c. As de calquera outra autoridade ou órgano cando así ou estableza unha disposición legal.

De acordo co disposto na lei da xurisdición contencioso administrativa e como requisito previo á interposición do recurso contencioso-administrativo contra actos ou acordos das autoridades e entidades locais que poñan fin á vía administrativa, deberá formularse

recurso de reposición, que se presentará ante o órgano que houbera ditado o acto ou acordo, no prazo dun mes a contar desde a notificación do acto ou acordo. Non obstante, o recurso de reposición será potestativo en materia de orzamentos, imposición e ordenación de tributos, e nos demais casos en que teña tal carácter segundo o disposto na mencionada lei.

O prazo para interpoñer recurso de reposición polos Concelleiros ou membros das Corporacións Locais que houberan votado en contra do acordo contarase desde a data da sesión en que se houbera votado o acordo.

No se poderán exercer accións fundadas no dereito privado ou laboral contra as autoridades e entidades locais sen previa reclamación ante as mesmas. A devandita reclamación tramitarase e resolverá polas normas contidas na lexislación do Estado reguladora do procedemento administrativo común.

Para reclamar na vía governativa ou na xudicial contra calquera acordo ou resolución, non será requisito indispensable a previa consignación da cantidade esixida, sen prexuízo dos procedementos de apremo e dos afianzamentos ou garantías legais.

A Administración do Estado e as Comunidades Autónomas, no ámbito das súas respectivas competencias, están lexitimadas para impugnar os actos e acordos das entidades locais que incorran en infracción do ordenamento xurídico, nos casos e nos termos previstos no artigo 65 da LBRL. Estas impugnacións están exceptuadas do requisito do recurso previo de reposición.

Cando a Administración do Estado ou a das Comunidades Autónomas considere, no ámbito das súas respectivas competencias, que un acto ou acordo de algunha entidade local infrinxe o ordenamento xurídico, poderá requirila, invocando expresamente o artigo 65 da LBRL, para que anule o devandito acto ou acordo, no prazo máximo de un mes.

O requirimento deberá ser motivado e expresar a normativa que se estime vulnerada. Formularase no prazo de quince días hábiles a partir da recepción da comunicación do acto ou acordo. Se se houbera solicitado ampliación da información, quedara interrompido o cómputo do prazo, que se reanudará a partir da recepción da documentación interesada.

A entidade local, en virtude do requirimento, e no prazo sinalado para iso, poderá anular o devandito acto ou acordo, previa audiencia, no seu caso, dos interesados.

- A Administración do Estado ou, no seu caso, a da Comunidade Autónoma, poderá impugnar o acto ou acordo ante a Xurisdición contencioso-administrativa, nos dous meses seguintes ao día en que venza o prazo sinalado no requirimento dirixido á entidade local, ou ao da recepción da comunicación da mesma rexeitando o requirimento.
- A Administración do Estado ou, no seu caso, a da Comunidade Autónoma, poderá impugnar o acto ou acordo ante a Xurisdición contencioso-administrativa directamente, sen necesidade de formular requirimento, nos dous meses seguintes ao día da recepción da comunicación do acto ou acordo.

O requirimento ou a impugnación non suspenderán por si solos a efectividade do acto ou acordo, sen prexuízo das regras ordinarias que regulan a suspensión da execución de aqueles na orde contencioso administrativa.

Os actos e acordos das entidades locais que menoscaben competencias do Estado ou das Comunidades Autónomas, interfiran o seu exercicio ou excedan da competencia das devanditas entidades, poderán ser impugnados directamente, sen necesidade de previo requirimento, ante a Xurisdición contencioso-administrativa, pola Administración do Estado ou da correspondente Comunidade Autónoma, no prazo de quince días hábiles a partir da recepción da comunicación do acordo.

Nestes supostos estarase ao disposto, en canto a requisitos que deberá reunir a impugnación e aos efectos suspensivos da mesma, ao artigo 66 parágrafo segundo da LBRL.

Se unha entidade local adoptara actos ou acordos que atenten gravemente ao interese xeral de España, o Delegado do Goberno, previo requirimento ao Presidente da Corporación e no caso de non ser atendido, poderá suspendelos e adoptar as medidas pertinentes á protección do devandito interese, debendo impugnalos no prazo de dez días desde a suspensión, ante a Xurisdición contencioso-administrativa.

A lei de Administración local de Galicia dispón que poderán impugna-los actos e acordos das entidades locais que incorran en infracción do ordenamento xurídico nos casos e termos previstos nos seus artigos 217 e 218:

- a) A Administración galega, sen prexuízo dos supostos de lexitimación establecidos con carácter xeral pola lexislación reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.
- b) Os membros das corporacións locais que votasen en contra dos actos ou acordos.

Así mesmo, os entes locais poderán impugna-las disposicións e os actos da Administración da Comunidade Autónoma que lesionen a súa autonomía de conformidade co establecido na lexislación básica do Estado na materia e na lexislación reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa.

Cando a Xunta de Galicia considere, no ámbito das súas competencias, que un acto ou acordo dalgunha entidade local infrinxe o ordenamento xurídico, poderá requirila para que anule este acto ou acordo, invocando expresamente o artigo 65 da Lei reguladora das bases do réxime local. O requirimento, que debe estar motivado e expresa-la normativa que considere que é vulnerada, formularase no prazo de quince días hábiles a partir da recepción da comunicación do acordo.

Se xa fose solicitada ampliación da información, quedará interrompido o cómputo do prazo, que se renovará a partir da recepción da documentación solicitada. A entidade local, en virtude do requirimento e no prazo sinalado para isto, poderá anular aquel acto ou acordo, logo da audiencia, se é o caso, dos interesados.

A Xunta de Galicia poderá impugna-lo acto ou acordo ante a xurisdicción contencioso-administrativa nos dous meses seguintes ó día no que venza o prazo sinalado no requirimento dirixido á entidade local ou da recepción da comunicación dela, na que se rexeita o requirimento.

A Xunta de Galicia poderá impugna-lo acto ou acordo ante a xurisdicción contencioso-administrativa directamente, sen necesidade de formular requirimento, nos dous meses seguintes ó día da recepción da comunicación do acto ou acordo.

Os actos ou acordos das entidades locais que menoscaben as competencias da Xunta de Galicia ou interfiran o seu exercicio poderán ser impugnados directamente, sen necesidade de requirimento previo, ante a xurisdicción contencioso-administrativa no prazo de dous meses, que comezará a contar desde a recepción da comunicación do acordo. A impugnación deberá precisa-la lesión ou, se é o caso, a extralimitación competencial que a motiva e as normas legais nas que se fundamente.

As entidades locais territoriais están lexitimadas para impugna-las disposicións e os actos da Administración da Comunidade Autónoma que lesionen a súa autonomía. MARTIN MATEO explicou con anterioridade á reforma da lei orgánica do Tribunal Constitucional a importancia desta lexitimación nun momento no que as entidades locais non contaban con vías para acudir ao Alto Tribunal a non ser que se producira unha violación de dereitos fundamentais.

Por outra banda as entidades locais teñen a obriga de exercer-las accións precisas para a

defensa dos seus bens e dereitos. Calquera veciño que se atope en pleno desfrute dos seus dereitos civís e políticos poderá requirirllle o seu exercicio á entidade interesada. Este requirimento, do que se lle dará coñecemento a quen puidese resultar afectado polas correspondentes accións, suspenderá o prazo para o exercicio delas por un termo de trinta días hábiles.

Se no prazo deses trinta días a entidade non acordase o exercicio das accións solicitadas, os veciños poderán exercitar esta acción no nome e interese da entidade local. De prospera-la acción, o actor terá dereito a que a entidade local lle reembolse as custas procesuais e á indemnización de cantos danos e perdas lle seguisen.

Xosé Antón Sarmiento Méndez.

Profesor de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo.

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PEREZ**

(Letrada da Xunta de Galicia -2015-)

TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRAS DA SEGUINTE BIBLIOGRAFIA
SELECCIONADA

- El sistema de fuentes de las entidades locales (I).Antonio Serrano Pascual.Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 2, 2003, páxs. 7-41
- El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales:: las sesiones. Jesús Colás Tenas. Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 18, 2008, páxs. 75-109
- La posición ordinamental de los Reglamentos Orgánicos de las Entidades Locales tras la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, del Tribunal constitucional).Manuel Jesús Sarmiento Acosta. Revista de estudios de la administración local y

autonómica, ISSN 0213-4675, Nº 252, 1991, páxs. 963-984

- El nuevo régimen jurídico de impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por los miembros disidentes tras la stc 173/2004, de 18 de octubre. Francisco Eugenio Ubeda Tarajano. Revista de estudios de la administración local y autonómica, ISSN 1699-7476, Nº. 307, 2008, páxs. 185-202
- La autonomía local y la impugnación de los actos y acuerdos de las entidades locales. Tomás Vidal Marín. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, ISSN 0213-9995, Nº 30, 2001, páxs. 317-332

TEMA 11

OS BENS DAS ENTIDADES LOCAIS. AS FACENDAS LOCAIS.

TEMA 11. OS BENS DAS ENTIDADES LOCAIS. AS FACENDAS LOCAIS.

OS BENS DAS ENTIDADES LOCAIS

O artigo 79.1 da Lei de Bases de Réxime local e, con idéntica redacción o Regulamento de Bens das Entidades Locais (Real Decreto 1372/1986 de 13 de xuño), indican que “o patrimonio das Entidades locais está constituído polo conxunto de bens, dereitos e accións que lles pertencen”. No parágrafo segundo do devandito artigo 79 da Lei de Bases e no artigo 2 do Regulamento de Bens engádesse que “os bens das Entidades locais son de dominio público ou patrimoniais”.

Esta clasificación mantense, en alíneas xerais, na vixente Lei 33/2003 de 3 de novembro do Patrimonio das Administracións Públicas, no sucesivo LPAP.

O artigo 3 da referida Lei 33/2003 establece que:

“1. O Patrimonio das Administracións Públicas está constituído polo conxunto dos seus bens e dereitos calquera que fora a súa natureza e o título da súa adquisición ou aquel en virtude do cal lles foran atribuídos”.

A Lei de Bases de Réxime local e o Regulamento de Bens das Entidades locais preséntannos un concepto amplo do patrimonio, incluíndo no mesmo aos bens demaniais xunto cos patrimoniais e os demais dereitos e accións que ás Entidades locais pertencen.

O artigo 17 do Regulamento de Bens obriga ás Entidades locais a formar inventario de todos os seus bens e dereitos. A tal efecto o artigo 18 do mesmo texto ofrécenos unha clasificación epigrafiada destes bens e dereitos especialmente significativa. Segundo o Regulamento de Bens das Entidades locais, o patrimonio local estará composto polo seguintes bens e dereitos:

- Inmobles.
- Dereitos reais.
- Mobles de carácter histórico, artístico ou de considerable valor económico.

-Valores mobiliarios, créditos e dereitos de carácter persoal da Corporación.

-Vehículos.

-Semoventes.

-Mobles non comprendidos nos anteriores enunciados.

-Bens e dereitos revertibles.

A todo elo habería que engadir as “accións”, concepto que o Regulamento de Bens non concreta, pero que utiliza como distinto dos anteriores (bens e dereitos).

Seguindo neste punto a RIVERO temos que lembrar que o Regulamento de Bens das Entidades Locais, indica que os bens das Entidades Locais rexeranse:

“a) Pola lexislación básica do Estado en materia de Réxime local.

b) Pola lexislación básica do Estado reguladora do réxime xurídico dos bens das Administracións Públicas.

c) Pola lexislación que no ámbito das súas competencias diten as Comunidades Autónomas.

d) En defecto da Lexislación a que se refiren os apartados anteriores, pola lexislación estatal non básica en materia de Réxime local e bens públicos.

e) Polas Ordenanzas propias de cada Entidade.

f) Supletoriamente polas restantes normas dos ordenamentos xurídicos administrativo e civil.

En todo caso, aplicárase o Dereito estatal de conformidade co artigo 149.3 da Constitución.”

Se analizamos estes preceptos obtense que debe ser de aplicación preferente a lexislación básica do Estado en materia de bens e en primeiro termo os preceptos sobre bens da lexislación estatal básica sobre Réxime local.

Por lexislación básica do Estado en materia de Réxime local deben entenderse a Lei Reguladora das Bases de Réxime local de 2 de abril de 1985 modificada pola Lei 57/2003, de 16 de decembro, de medidas para a modernización do goberno local, pola Lei 30/2007 de 30 de outubro de contratos do sector público, e pola Lei 27/2013 de 27 de decembro de racionalización e sostenibilidade da Administración Local entre outras de menor calado; e nos preceptos do Real Decreto Lexislativo 781/1986, de 18 de abril, que regulando o patrimonio local teñan carácter básico. En canto a qué deba entenderse por lexislación básica do Estado sobre bens das Administracións públicas, a Lei 33/2003 de 3 de novembro, LPAP, establece no seu artigo primeiro que esta lei ten por obxecto “establecer as bases do Réxime patrimonial das Administracións públicas...”. E no seu artigo 2.2 establece que “serán de aplicación ás Comunidades Autónomas, entidades que integran a administración local e entidade de Dereito público vinculadas ou dependentes dela, os artigos ou partes dos mesmos enumerados na disposición final segunda”. É necesario, en consecuencia examinar o listado desta Disposición final segunda para determinar o carácter básico, ou non básico dos preceptos da Lei 33/2003 para a Administración local.

En canto á restante lexislación básica sobre bens haberá que estar aos criterios sentados polo Tribunal Constitucional respecto qué deba entenderse por lexislación básica. Neste sentido, e de acordo coa xurisprudencia sentada polo Tribunal Constitucional nas súas Sentencias, entre outras, de 28 de xullo de 1981, 28 de xaneiro de 1982 e 14 e 30 de xuño de 1982, habería que inferir do conxunto da lexislación do Estado, tanto xeral (Lei do Patrimonio das Administracións Públicas) como sectorial (Lei de Augas, de Minas, do Patrimonio Histórico Español, etc.), en qué medida estas disposicións están sentando unha “regulación uniforme e de vixencia en toda a Nación, coa que se asegure en aras de intereses xerais superiores aos de cada Comunidade Autónoma, en defensa do seu propio interese xeral, poda establecer as peculiaridades que lle conveñan, dentro do marco de competencias que a Constitución e o seu Estatuto lle atribuíran sobre aquela materia.” (STC 1/82 e 50/99, entre outras).

Regularíanse en terceiro lugar os bens das Entidades locais, pola lexislación que “no ámbito das súas competencias” ditén as Comunidades Autónomas aludíndose con esta expresión á lexislación que, tanto sobre Réxime local como sobre o patrimonio, podan

ditar as Comunidades Autónomas na medida no que e co alcance co que estas competencias se houberan asumido nos respectivos Estatutos.

Completan o catálogo de fontes na materia das Ordenanzas locais, instrumento de indubidable valor na regulación da vida local, en xeral, como xenuína expresión directa da vontade da comunidade. Con carácter supletorio das restantes normas xa enunciadas aplicaranse as restantes normas dos ordenamentos xurídicos administrativo e civil. Hai que facer fincapé na expresión “restantes” normas por canto existen normas civís que, lonxe de constituír Dereito supletorio, integran a mesma lexislación estatal básica en materia de bens.

A lei de Administración local de Galicia de 22 de julio de 1997 (reformada mediante a lei 8/1999, do 30 de decembro, a lei 18/2008 do 29 de decembro e a lei 1/2010, do 11 de febreiro) é a norma autonómica de referencia nesta materia.

O patrimonio das entidades locais de Galicia estará constituído polo conxunto de bens, dereitos e accións que lles pertencen por calquera título. Como sinala BALLESTEROS FERNANDEZ, tratarase do elemento activo do patrimonio, namentras que o elemento pasivo está constituído polas débedas e obrigas da entidade local.

Os bens das entidades locais clasificaranse en bens de dominio público, bens comunais e bens patrimoniais ou de propios.

- a) Son bens de dominio público os destinados ó uso ou servicios públicos.
- b) Son bens comunais aqueles dos que lle corresponda o seu aproveitamento a unha comunidade de veciños pola normativa legal. Seralles aplicable o réxime xurídico que determine a lei ou, no seu defecto, o establecido para os bens de dominio público.
- c) Son bens patrimoniais os de titularidade das entidades locais que non teñen o carácter de bens de dominio público ou comunal.

Son bens de uso público local os camiños, prazas, rúas, paseos, parques, augas de fontes e estanques, pontes e demais obras públicas de aproveitamento ou utilización xeral dos que a conservación e policía sexan competencia da entidade local. Son bens de servicio

público os destinados directamente ó cumprimento de fins públicos de responsabilidade das entidades locais, tales como casas do Concello, pazos provinciais e, en xeral, edificios que sexan sede delas, matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos, montes catalogados, escolas, cemiterios, elementos de transporte, piscinas e campos de deporte e, en xeral, calquera outro ben directamente destinado á prestación de servicios públicos ou administrativos.

Os bens comunais e demais bens de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles e non están suxeitos a ningún tributo.

Son bens patrimoniais ou de propios os que sendo propiedade da entidade local non estean destinados ó uso público nin afectados a ningún servicio público e poidan constituír fontes de ingresos para o erario da entidade. Os bens patrimoniais réxense pola súa lexislación específica e, se non, polas normas de dereito privado. Clasifícanse como bens patrimoniais, entre outros, as parcelas sobrantes e os efectos non utilizables.

Conceptuaranse como parcelas sobrantes aquelas porcións de terreo propiedade das entidades locais que pola reducida extensión, forma irregular ou localización non fosen susceptibles de uso axeitado. Para declarar un terreo parcela sobrante requírese expediente de cualificación xurídica.

Considéranse efectos non utilizables todos aqueles bens que pola súa deterioración, depreciación ou deficiente estado de conservación resultasen inaplicables ós servicios municipais ou ó normal aproveitamento, atendida a súa natureza ou destino, aínda que aqueles non fosen dados de baixa no inventario.

A alteración da cualificación xurídica dos bens das entidades locais require expediente no que se acrediten a súa oportunidade e legalidade. O expediente terá que ser resolto polo Pleno logo de información pública polo prazo dun mes, mediante acordo adoptado co voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros del.

En calquera caso, a incorporación ó patrimonio da entidade local dos bens desafectados, mesmo cando procedan de deslinde de dominio público, non se entenderá efectuada ata a recepción formal polo órgano competente da Corporación dos bens de que se trate, e en

tanto esta non teña lugar seguirán tendo aqueles o carácter de dominio público.

Non obstante, a alteración prodúcese automaticamente nos seguintes supostos:

- a) Aprobación definitiva dos plans de ordenación urbana e dos proxectos de obras e servicios.
- b) Adscripción de bens patrimoniais por máis de vinte e cinco anos a un uso ou servicio público ou comunal.
- c) Adquisición por usucapión pola entidade, de acordo co dereito civil, do dominio dunha cousa que viñese estando destinada a un uso ou servicio comunal.

Adquisición e do alleamento dos seus bens polas entidades locais

As entidades locais terán capacidade xurídica plena para adquirir e posuír bens de tódalas clases e exercita-las accións e os recursos procedentes en defensa do seu patrimonio. As entidades locais, como lembra FONT I LLOVET teñen a obriga de exercer-las accións que cumpran para a defensa dos seus bens e dereitos.

As corporacións locais poden adquirir bens e dereitos:

- a) Por atribución da lei.
- b) A título oneroso por exercicio ou non da facultade de expropiación.
- c) Por herdanza, legado ou doazón.
- d) Por prescrición.
- e) Por ocupación.
- f) Por calquera outro modo lexítimo conforme o ordenamento xurídico.

A adquisición de bens a título oneroso esixirá o cumprimento dos requisitos previstos na normativa reguladora da contratación. Tratándose de bens inmobles esixirase, ademais, informe previo pericial, e sendo bens de valor histórico ou artístico requirirase o informe do órgano autonómico competente, sempre que o seu importe exceda do un por cento

dos recursos ordinarios do orzamento da Corporación ou do límite xeral establecido para o procedemento negociado en materia de abastecementos.

As adquisicións de bens derivadas de expropiacións forzosas rexeranse pola súa normativa específica.

A adquisición de bens a título gratuito non estará suxeita a restricción ningunha. Non obstante, se a adquisición levase anexa algunha condición ou modalidade onerosa, só poderán aceptarse os bens logo de expediente no que se acredite que o valor do gravame imposto non excede do valor do que se adquire. A aceptación de herdanzas entenderase a beneficio de inventario.

Se os bens se adquiren baixo a condición ou modalidade da súa afectación permanente a determinados destinos, entenderase esta cumprida e consumada cando durante trinta anos servise a aquel e aínda que despois deixase de estalo por circunstancias sobrevidas de interese público.

As entidades locais prescribirán ó seu favor de acordo coas leis comúns, sen prexuízo do establecido en disposicións especiais. Os particulares poderán prescribir ó seu favor os bens patrimoniais das entidades locais de acordo coas leis comúns.

A ocupación de bens mobles polas entidades locais regularase polo establecido no Código civil e nas leis especiais.

Todo alleamento, gravame ou permuta de bens inmobles terá que comunicárselle ó órgano competente da Comunidade Autónoma. Se o valor excedese do vintecinco por cento dos recursos ordinarios do orzamento anual da Corporación, requirirá, ademais, autorización daquel.

Os bens inmobles patrimoniais non poderán cederse gratuitamente a non ser a entidades ou institucións públicas e para fins que redunden en beneficio dos habitantes do termo municipal, así como a institucións ou asociacións privadas de interese público sen ánimo de lucro. Os alleamentos de bens patrimoniais realizaranse por poxa pública, agás no caso de alleamento mediante permuta con outros bens de carácter inmovible. Nos expedientes

deberán figura-los correspondentes informes técnicos relativos ó valor dos bens que se van allear. GARRIDO FALLA ten sinalado que o alleamento de bens de dominio público sen a previa desafectación levaría consigo a nulidade de pleno dereito.

Cando se trate de alleamentos ou gravames que se refiran a monumentos, edificios ou obxectos de índole artística ou histórica, cumprirá o informe previo do órgano autonómico competente de acordo coa lexislación sobre patrimonio histórico e artístico.

En ningún caso poderá procederse ó alleamento de bens patrimoniais para financiar gastos correntes, agás que se trate de parcelas sobrantes de vías públicas non edificables ou de bens non utilizables en servicios locais.

As entidades locais están obrigadas a formar inventario valorado de tódolos bens e dereitos que lles pertencan, así como tamén dos bens pertencentes ós organismos autónomos que dependan delas. Deste inventario remitiráselle copia ó órgano competente da Administración da Comunidade Autónoma e rectificarse anualmente, comprobándose sempre que se renove a Corporación.

As entidades locais deberán inscribir no Rexistro da Propiedade os seus bens inmobles e dereitos reais, abondando para tal efecto a certificación que, con relación ó inventario aprobado pola respectiva Corporación, expida o secretario, co visto e praxe do alcalde ou presidente.

As potestades e prerrogativas das entidades locais respecto dos seus bens

Correspóndenlles ás entidades locais de carácter territorial as seguintes potestades en relación cos seus bens:

- a) A potestade de investigación.
- b) A potestade de deslinde.
- c) A potestade de recuperación de oficio.
- d) A potestade de desafiuzamento administrativo.

Para defende-lo seu patrimonio e para asegura-lo axeitado emprego del, as corporacións locais tamén poderán establecer e impoñer sancións de acordo co previsto na normativa sectorial aplicable. SANZ GANDASEGUI ten mostrado as súas reservas respecto da regulación que desta potestade fai o artigo 59 do texto refundido do 18 de abril de 1986, ao reconocerlles unha potestade sancionadora xenérica que difícilmente casa ca doutrina constitucional na materia.

As corporacións locais teñen a facultade de investiga-la situación dos bens e dereitos que se supoñan da súa propiedade, sempre que esta non conste, coa finalidade de determina-la titularidade daqueles. Esta facultade aparece desenvolvida polo miudo nos artigos 45 a 50 da lei de Patrimonio das Administracións Públicas.

As corporacións locais terán a facultade de promover e executa-lo deslinde entre os bens da súa pertenza e os dos particulares, cando os límites aparecen imprecisos ou sobre os que existisen indicios de usurpación. Os propietarios dos terreos lindeiros con predios pertencentes ás entidades locais ou que estivesen enclavados dentro daqueles poderán reclama-lo seu deslinde. A Xurisprudencia reiterada do Tribunal Supremo precisa o alcance deste deslinde, indicando que ten por obxecto practicar as operacións técnicas de comprobación e, no seu caso, rectificación de situacións xurídicas plenamente acreditadas.

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 na que se producise a usurpación, e, transcorrido ese tempo, procederá a acción correspondente perante os tribunais ordinarios. Non se admitirán interdictos contra as actuacións dos axentes da autoridade nesta materia.

As corporacións locais poderán executar en vía administrativa a investigación, o deslinde e a reivindicación dos bens sitos fóra do termo da súa xurisdicción mediante exhorto á entidade do territorio no que radiquen, para que, pola súa mediación, se desenvolvan os actos correspondentes.

As entidades locais terán plena capacidade para exercer todo tipo de accións e recursos en

defensa dos seus dereitos e patrimonio e non poderán ceder ás demandas xudiciais que afectasen o dominio e os demais dereitos reais integrantes do seu patrimonio.

AS FACENDAS LOCAIS.

MARTIN QUERALT ten posto de manifesto como a tradicional insuficiencia das Facendas locais españolas, consecuencia inmediata do centralismo político, levóu a consolidar a participación de aquélas nos ingresos do Estado das máis dispares formas.

O artigo 142 da Constitución española mandata que as facendas locais deberán dispor dos medios suficientes para o desempeño das funcións que a lei lles atribúe ás corporacións respectivas e nutriranse fundamentalmente de tributos propios e de participación nos do Estado e nos das comunidades autónomas. Esta previsión constitucional e desenvolvida hoxe polo Real Decreto Lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da lei Reguladora das Facendas locais. Este RDL 2/2004 foi profusamente modificado por varias normas coma a Lei 16/2007 de 4 de xullo, a Lei 2/2011 de 4 de marzo de economía sostible; polos RDL 20/2011 de 30 de decembro, o RDL 6/2012 de 9 de marzo, ou o RDL 12/2012 de 30 de marzo; pola Lei 2/2012 de 29 de xuño; a lei 12/2012 de 26 de decembro, a Lei 16/2012 de 27 de decembro; a Lei 27/2013 de 27 de decembro; e a Lei 18/2014 de 15 de outubro, entre outras.

Segundo o RDL 2/2004, a facenda das entidades locais estará constituída polos seguintes recursos:

- a. Os ingresos procedentes do seu patrimonio e demais de dereito privado.
- b. Os tributos propios clasificados en taxas, contribucións especiais e impostos e os recargos esixibles sobre os impostos das comunidades autónomas ou de outras entidades locais.
- c. As participacións nos tributos do Estado e das comunidades autónomas.
- d. As subvencións.
- e. Os percibidos en concepto de prezos públicos.

- f. O produto das operacións de crédito.
- g. O produto das multas e sancións no ámbito das súas competencias.
- h. As demais prestacións de dereito público.

Para a cobranza dos tributos e das cantidades que como ingresos de dereito público, tales como prestacións patrimoniais de carácter público non tributarias, prezos públicos, e multas e sancións pecuniarias, debe percibir a facenda das entidades locais de conformidade co previsto no apartado anterior, a devandita Facenda ostentará as prerrogativas establecidas legalmente para a facenda do Estado, e actuará, no seu caso, conforme aos procedementos administrativos correspondentes.

Constitúen ingresos de dereito privado das entidades locais os rendementos ou produtos de calquera natureza derivados do seu patrimonio, así como as adquisicións a título de herdanza, legado ou doazón. A estes efectos, considerarase patrimonio das entidades locais o constituído polos bens da súa propiedade, así como polos dereitos reais ou persoais, de que sexan titulares, susceptibles de valoración económica, sempre que uns e outros non se atopen afectos ao uso ou servizo público.

En ningún caso terán a consideración de ingresos de dereito privado os que procedan, por calquera concepto, dos bens de dominio público local. Terán tamén a consideración de ingresos de dereito privado o importe obtido no alleamento de bens integrantes do patrimonio das entidades locais como consecuencia da súa desafectación como bens de dominio público e posterior venda, aínda que hasta entóns estiveran suxeitos a concesión administrativa. En tales casos, salvo que a lexislación de desenrolo das comunidades autónomas prevea outra cosa, quen fora o último concesionario antes da desafectación tería dereito preferente de adquisición directa dos bens sen necesidade de subhasta pública.

Os tributos que establezan as entidades locais respectarán, en todo caso, os seguintes principios:

- a. Non someter a gravame bens situados, actividades desenroladas, rendementos

orixinados nin gastos realizados fóra do territorio da respectiva entidade.

- b. Non gravar, como tales, negocios, actos ou feitos celebrados ou realizados fóra do territorio da Entidades impositora, nin o exercicio ou a transmisión de bens, dereitos ou obrigas que non naceran nin houberan de cumprirse no devandito territorio.
- c. Non implicar obstáculo algún para a libre circulación de persoas, mercancías ou servizos e capitais, nin afectar de maneira efectiva á fixación da residencia das persoas ou a ubicación de empresas e capitais dentro do territorio español, sen que iso obste para que as entidades locais podan instrumentar a ordenación urbanística do seu territorio.

Neste sentido resulta de interese lembrar a Sentencia do Tribunal Constitucional 19/1987, do 17 de febreiro, que estableceu que “a renuncia plena pola Lei a todo encadramento normativo da potestade tributaria local non se acomoda, en definitiva, co disposto no artigo 133.2 da Constitución nin coa xeral reserva de lei establecida neste ámbito polo artigo 31.3 da Norma fundamental”, pois esa reserva non se compadece “ con habilitacións indeterminadas para a configuración dos elementos esenciais dos tributos”.

As entidades locais, nos termos previstos na Lei, poderán establecer taxas pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local, así como pola prestación de servizos públicos ou a realización de actividades administrativas de competencia local que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular aos suxeitos pasivos. SIMON ACOSTA entende que a taxa é un tributo que debe ser definido dende o principio de xustiza que informa a figura: o principio de provocación de custes.

En todo caso, terán a consideración de taxas as prestacións patrimoniais que establezan as entidades locais por:

- A. A utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local.
- B. A prestación dun servizo público ou a realización dunha actividade administrativa en réxime de dereito público de competencia local que se refira, afecte ou beneficie de

modo particular ao suxeito pasivo, cando se produza calquera das circunstancias seguintes:

- a. Que non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os administrados. A estes efectos non se considerará voluntaria a solicitude ou a recepción por parte dos administrados:
 - Cando veña imposta por disposicións legais ou regulamentarias.
 - Cando os bens, servizos ou actividades requiridos sexan imprescindibles para a vida privada ou social do solicitante.
- b. Que non se presten ou realicen polo sector privado, estea ou non establecida a súa reserva a favor do sector público conforme á normativa vixente.

Entenderase que a actividade administrativa ou servizo afecta ou se refire ao suxeito pasivo cando fora motivado directa ou indirectamente por este en razón de que as súas actuacións ou omisións obriguen ás entidades locais a realizar de oficio actividades ou a prestar servizos por razóns de seguridade, salubridade, de abastecemento da poboación ou de orden urbanístico, ou calquera outras. PLAZA VAZQUEZ lembra aquí que para esixir unha taxa a un cidadán é necesario que este se beneficie da actividade ou que, dalgún xeito, a provocara; cando o servizo afecta á xeneralidade dos cidadáns sen individualización posible, non cabe o establecemento de taxas.

Constitúe o feito imponible das contribucións especiais a obtención polo suxeito pasivo dun beneficio ou dun aumento de valor dos seus bens como consecuencia da realización de obras públicas ou do establecemento ou ampliación de servizos públicos, de carácter local, polas entidades respectivas.

Terán a consideración de obras e servizos locais:

- a. Os que realicen as entidades locais dentro do ámbito das súas competencias para cumprir os fins que lles estean atribuídos, excepción feita dos que aquelas executen a título de donos dos seus bens patrimoniais.

- b. Os que realicen as devanditas entidades por haberlles sido atribuídos ou delegados por outras entidades públicas e aqueles cuxa titularidade asumiran de acordo coa Lei.
- c. Os que realicen outras entidades públicas, ou os concesionarios destes, con aportacións económicas da entidade local.

Non perderán a consideración de obras ou servizos locais os comprendidos no parágrafo a do apartado anterior, aínda que sexan realizados por organismos autónomos ou sociedades mercantís cuxo capital social pertenza integramente a una entidade local, por concesionarios con aportacións da devandita entidade ou por asociacións de contribuíntes. As cantidades recadadas por contribucións especiais soamente poderán destinarse a sufragar os gastos da obra ou do servizo por cuxa razón se esixiran.

As entidades locais participarán nos tributos do Estado na contía e segundo os criterios que se establecen na Lei. O Tribunal Constitucional ten perfilados os lindeiros da regulación xurídica destas participacións en sentenzas como a 1/1981, 179/1985 e 19/1987, entre outras.

Asimesmo, as entidades locais participarán nos tributos propios das comunidades autónomas na forma e contía que se determine polas Leis dos seus respectivos Parlamentos. A sentenza do Tribunal Supremo de 4 de outubro de 1990 sinala que as transferencias e subvencións das Comunidades Autónomas aos entes locais deben distribuírse consonte a criterios obxectivos e razoables, pois doutro xeito poderían resultar vulnerados os principios constitucionais de igualdade e interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos.

As subvencións de toda índole que obteñan as entidades locais, con destino ás súas obras e servizos non poderán ser aplicadas a atencións distintas de aquelas para as que foron outorgadas, salvo, no seu caso, os sobrantes non reintegrables cuxa utilización non estivese prevista na concesión.

Para garantir o cumprimento do disposto no apartado anterior, as entidades públicas outorgantes das subvencións poderán verificar o destino dado a estas. Se tras as

actuacións de verificación resultase que as subvencións non foron destinadas aos fines para os que se houberan concedido, a entidade pública outorgante esixirá o reintegro do seu importe ou poderá compensalo con outras subvencións ou transferencias a que tivera dereito a entidade afectada, con independencia das responsabilidades a que ha lugar.

As entidades locais poderán establecer prezos públicos pola prestación de servizos ou a realización de actividades da competencia da entidade local, sempre que non conorra ningunha das circunstancias especificadas na lei.

Estarán obrigados ao pago dos prezos públicos aqueles que se benefician dos servizos ou actividades polos que deban satisfacerse aqueles.

O importe dos prezos públicos deberá cubrir como mínimo o custe do servizo prestado ou da actividade realizada. Cando existan razóns sociais, benéficas, culturais ou de interese público que así o aconsellen, a entidade poderá fixar prezos públicos por debaixo do límite previsto no apartado anterior. Nestes casos deberán consignarse nos orzamentos da entidade as dotacións oportunas para a cobertura da diferenza resultante se a houbera.

As entidades locais poderán esixir os prezos públicos en réxime de autoliquidación.

Nos termos previstos na Lei, as entidades locais, o seus organismos autónomos e os entes e sociedades mercantís dependentes poderán concertar operacións de crédito en todas as súas modalidades, tanto a corto como a longo prazo, así como operacións financeiras de cobertura e xestión do risco do tipo de interese e do tipo de cambio.

Para a financiamento das súas inversións, así como para a substitución total ou parcial de operacións preexistentes, as entidades locais, os seus organismos autónomos e os entes e sociedades mercantís dependentes, que presten servizos ou produzan bens que non se financien maioritariamente con ingresos de mercado, poderán acudir ao crédito público e privado, a longo prazo, en calquera das súas formas.

O crédito poderá instrumentarse mediante:

- a. Emisión pública de débeda.

- b. Contratación de préstamos ou créditos.
- c. Calquera outra apelación ao crédito público ou privado.
- d. Conversión e substitución total ou parcial de operacións preexistentes.

A débeda pública das entidades locais e os títulos-valores de carácter equivalente emitidos por estas gozarán dos mesmos beneficios e condicións que a débeda pública emitida do Estado.

Este panorama normativo no tocante ao financiamento local é criticado por unha parte da doutrina facendística (VILALTA FERRER) que postula a súa reforma na procura dun novo escenario de ingresos dos gobernos locais.

Os orzamentos xerais das entidades locais

Constitúen a expresión cifrada, conxunta e sistemática das obrigas que, como máximo, poden recoñecer a entidade, e os seus organismos autónomos, e dos dereitos que prevexan liquidar durante o correspondente exercicio, así como das previsións de ingresos e gastos das sociedades mercantís cuxo capital social pertenza integramente á entidade local correspondente.

O exercicio presupostario coincidirá co ano natural, principio de anualidade que segundo RIVERO é unha consecuencia da función que o orzamento desempeña coma plan económico da entidade local, e a el se imputarán:

- a. Os dereitos liquidados no exercicio, calquera que sexa o período de que deriven
- b. As obrigas recoñecidas durante o exercicio.

As entidades locais elaborarán e aprobarán anualmente un orzamento xeral no que se integrarán:

- a. O orzamento da propia entidade.
- b. Os dos organismos autónomos dependentes desta.

- c. Os estados de previsión de gastos e ingresos das sociedades mercantís cuxo capital social pertenza integramente á entidade local.

Os organismos autónomos das entidades locais clasifícanse, a efectos do seu réxime orzamentario e contable, na forma seguinte:

- a. Organismos autónomos de carácter administrativo.
- b. Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo.

As normas de creación de cada organismo autónomo deberán indicar expresamente o seu carácter.

Contido dos orzamentos integrantes do orzamento xeral.

O orzamento xeral atenderá ao cumprimento do principio de estabilidade nos termos previstos na Lei 18/2001, xeral de Estabilidade Presupostaria, e conterá para cada un dos orzamentos que nel se integren:

- a. Os estados de gastos, nos que se incluírán, coa debida especificación, os créditos necesarios para atender ao cumprimento das obrigas.
- b. Os estados de ingresos, nos que figurarán as estimacións dos distintos recursos económicos a liquidar durante o exercicio.

Así mesmo, incluírá as bases de execución, que conterán a adaptación das disposicións xerais en materia orzamentaria á organización e circunstancias da propia entidade, así como aquelas outras necesarias para a súa acertada xestión, establecendo cantas prevencións se consideren oportunas ou convenientes para a mellor realización dos gastos e recadación dos recursos, sen que podan modificar o lexislado para a administración económica nin comprender preceptos de orde administrativo que requiran legalmente procedemento e solemnidades específicas distintas do previsto para o orzamento.

Os recursos da entidade local e de cada uno dos seus organismos autónomos e sociedades mercantís se destinarán a satisfacer o conxunto das súas respectivas obrigas, salvo no caso de ingresos específicos afectados a fines determinados.

Os dereitos liquidados e as obrigas recoñecidas aplicaranse aos orzamentos polo seu importe íntegro, quedando prohibido atender obrigas mediante minoración dos dereitos a liquidar ou xa ingresados, salvo que a Lei o autorice de modo expreso.

Exceptúanse do anterior as devolucións de ingresos que se declaren indebidos por tribunal ou autoridade competentes. Cada un dos orzamentos que se integran no orzamento xeral deberá aprobarse sen déficit inicial.

Ao orzamento xeral uniranse como anexos:

- a. Os planes e programas de inversión e financiamento que, para un prazo de catro anos, poderán formular os municipios e demais entidades locais de ámbito supramunicipal.
- b. Os programas anuais de actuación, inversións e financiamento das sociedades mercantís de cuxo capital social sexa titular único ou partícipe maioritario a entidade local.
- c. O estado de consolidación do orzamento da propia entidade co de todos os orzamentos e estados de previsión dos seus organismos autónomos e sociedades mercantís.
- d. O estado de previsión de movementos e situación da débeda comprensiva do detalle de operacións de crédito ou de endebedamento pendentes de reembolso ao principio do exercicio, das novas operacións previstas a realizar ao longo do exercicio e do volume de endebedamento ao peche do exercicio económico, con distinción de operacións a curto prazo, operacións a longo prazo, de recorrencia ao mercado de capitais e realizadas en divisas ou similares, así como das amortizacións que se prevexan realizar durante o mesmo exercicio.

O plan de inversións que deberá coordinarse, no seu caso, co programa de actuación e planes de etapas de planeamento urbanístico, completarse co programa financeiro, que conterá:

- a. A inversión prevista a realizar en cada un dos catro exercicios.

- b. Os ingresos por subvencións, contribucións especiais, cargas de urbanización, recursos patrimoniais e outros ingresos de capital que se prevexan obter nos devanditos exercicios, así como una proxección do resto dos ingresos previstos no citado período.
- c. As operacións de crédito que resulten necesarias para completar a financiamento, con indicación dos custes que vaian xerar.

Dos planes e programas de inversión e financiamento darase conta, no seu caso, ao Pleno da Corporación coincidindo coa aprobación do orzamento, debendo ser obxecto de revisión anual, engadindo un novo exercicio ás súas previsións.

O Ministerio de Facenda establecerá con carácter xeral a estrutura dos orzamentos das entidades locais tendo en conta a natureza económica dos ingresos e dos gastos, as finalidades ou obxectivos que con estes últimos se propoñan conseguir e de acordo cos criterios que se establecen nos seguintes apartados deste artigo.

As entidades locais poderán clasificar os gastos e ingresos atendendo á súa propia estrutura de acordo cos seus regulamentos ou decretos de organización. Os estados de gastos dos orzamentos xerais das entidades locais aplicarán as clasificacións por programas e económica de acordo cos seguintes criterios, recollidos no artigo 167 segundo a redacción dada pola disposición final décima da Lei 8/2013 de 26 de xuño de rehabilitación, rexeneración e renovación urbanas:

- a) A clasificación por programas que constará dos seguintes niveis: o primeiro relativo o área de gasto, o segundo á política de gasto, o terceiro ós grupos de programas, que se subdividirán en programas. Esta clasificación poderá ampliarse en máis niveis, relativos a subprogramas respectivamente.

En todo caso, e coas peculiaridades que poidan concorrer no ámbito das entidades locais, os niveis de área de gasto e de política de gasto axustaranse ós establecidos para a Administración do Estado.

- b) A clasificación económica presentará con separación os gastos correntes e os

gastos de capital, dacordo cos seguintes criterios:

Nos créditos para gastos correntes incluíranse os de funcionamento dos servizos, os de intereses e as transferencias correntes.

Nos créditos para gastos de capital, os de inversións reais, as transferencias de capital e as variacións de activos e pasivos financeiros.

- c) A clasificación económica constará de tres niveis, o primeiro relativo ó capítulo, o segundo ó artigo e o terceiro ó concepto. Esta clasificación poderá ampliarse nun ou dous niveis, relativos ó subconcepto e á partida respectivamente.

En todo caso, os niveis de capítulo e artigo haberán de ser os mesmos que os establecidos para a Administración do Estado.

A partida orzamentaria cuxa expresión cifrada constitúe o crédito orzamentario virá definida, ao menos, pola conxunción das clasificacións por programas e económica, a nivel de grupo de programa ou programa e concepto e subconcepto respectivamente.

No caso de que a entidade local opte por utilizar a clasificación orgánica, ésta integrará así mesmo a partida orzamentaria. O control contable dos gastos realizarase sobre a partida presupostaria antes definida e o fiscal sobre o nivel de vinculación determinado.

Procedemento de elaboración e aprobación inicial.

Este procedemento atópase regulado no artigo 168 do RDL 2/2004, que foi modificado polo Real Decreto Lei 17/2014 de 26 de decembro

O orzamento da entidade local será formado polo seu presidente e a el haberá de unirse a seguinte documentación:

- a. Memoria explicativa do seu contido e das principais modificacións que presente en relación co vixente.
- b. Liquidación do orzamento do exercicio anterior e avance da do corrente, referida, ao menos, a seis meses do exercicio corrente.

- c. Anexo de persoal da entidade local.
- d. Anexo das inversións a realizar no exercicio.
- e. Anexo de beneficios fiscais en tributos locais contendo información detallada dos beneficios fiscais e a súa incidencia nos ingresos de cada Entidade Local.
- f. Anexo con información relativa ós convenios suscritos coas Comunidades Autónomas en materia de gasto social, con especificación da cuantía das obrigacións de pago e dos dereitos económicos que se deben recoñecer no exercicio ó que se refire o presuposto xeral e das obrigacións pendentes de pago e dereitos económicos pendentes de cobro, recoñecidos en exercicios anteriores, así como da aplicación ou partida orzamentaria na que se recollen, e a referencia a que ditos convenios inclúen a cláusula de retención de recursos do sistema de financiación á que se refire o artigo 57 bis da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local.
- g. Un informe económico-financieiro, no que se expoñan as bases utilizadas para a avaliación dos ingresos e das operacións de crédito previstas, a suficiencia dos créditos para atender o cumprimento das obrigas esixibles e os gastos de funcionamento dos servizos e, en consecuencia, a efectiva nivelación do orzamento.

O orzamento de cada un dos organismos autónomos integrantes do xeral, proposto inicialmente polo órgano competente de aqueles, será remitido á entidade local da que dependan antes do 15 de setembro de cada ano, acompañado da documentación detallada no apartado anterior.

As sociedades mercantís, incluso de aquelas en cuxo capital sexa maioritaria a participación da entidade local, remitirán a esta, antes do día 15 de setembro de cada ano, as súas previsións de gastos e ingresos, así como os programas anuais de actuación, inversións e financiamento para o exercicio seguinte.

Sobre a base dos orzamentos e estados de previsión o presidente da entidade formará o orzamento xeral e remitirao, informado pola Intervención e cos anexos e documentación

complementaria ao Pleno da corporación antes do día 15 de outubro para a súa aprobación, emenda ou devolución.

O acordo de aprobación, que será único, haberá de detallar os orzamentos que integran o orzamento xeral, no podendo aprobarse ningún deles separadamente.

Aprobado inicialmente o orzamento xeral, exporase ao público, previo anuncio no boletín oficial da provincia ou, no seu caso, da comunidade autónoma uniprovincial, por 15 días, durante os cales os interesados poderán examinalos e presentar reclamacións ante o Pleno. O orzamento considerarase definitivamente aprobado se durante o citado prazo no se houbesen presentado reclamacións; en caso contrario, o Pleno disporá dun prazo dun mes para resolvelas.

A aprobación definitiva do orzamento xeral polo Pleno da corporación haberá de realizarse antes do día 31 de decembro do ano anterior ao do exercicio en que deba aplicarse.

O orzamento xeral, definitivamente aprobado, será inxerido no boletín oficial da corporación, se o tivera, e, resumido por capítulos de cada un dos orzamentos que o integran, no da provincia ou, no seu caso, da comunidade autónoma uniprovincial.

Do orzamento xeral definitivamente aprobado remitirase copia á Administración do Estado e á correspondente comunidade autónoma. A remisión realizarase simultaneamente ao envío ao boletín oficial a que se refire o apartado anterior. O orzamento entrará en vigor, no exercicio correspondente, una vez publicado na forma prevista na lei.

Se ao iniciarse o exercicio económico non houberse entrado en vigor o orzamento correspondente, considerarase automaticamente prorrogado o do anterior, cos seus créditos iniciais, sen prexuízo das modificacións que se realicen conforme ao disposto na lei e hasta a entrada en vigor do novo orzamento. a prórroga non afectará aos créditos para servizos ou programas que deban concluír no exercicio anterior ou que estean financiados con crédito ou outros ingresos específicos ou afectados.

A copia do orzamento e das súas modificacións deberá atoparse á disposición do público, a efectos informativos, desde a súa aprobación definitiva hasta a finalización do exercicio.

Aos efectos do exame do orzamento e da formulación de reclamacións terán a consideración de interesados:

- a. Os habitantes no territorio da respectiva entidade local.
- b. Os que resulten directamente afectados, aínda que non habiten no territorio da entidade local.
- c. Os colexios oficiais, cámaras oficiais, sindicatos, asociacións e demais entidades legalmente constituídas para velar por intereses profesionais ou económicos e veciñais, cando actúen en defensa dos que lles son propios.

Únicamente poderán entablarse reclamacións contra o orzamento:

- a. Por non axustarse a súa elaboración e aprobación aos trámites establecidos nesta Lei.
- b. Por omitir o crédito necesario para o cumprimento de obrigas esixibles á entidade local, en virtude de precepto legal ou de calquera outro título lexítimo.
- c. Por ser de manifesta insuficiencia os ingresos con relación aos gastos orzamentados ou ben destes respecto ás necesidades para as que estea previsto.

Contra a aprobación definitiva do orzamento poderá interpoñerse directamente recurso contencioso-administrativo, na forma e prazos que establecen as normas da devandita xurisdicción. O Tribunal de Contas deberá informar previamente á resolución do recurso cando a impugnación afecte ou se refira á nivelación orzamentaria.

A interposición de recursos non suspenderá por si soa a aplicación do orzamento definitivamente aprobado pola corporación.

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ.

PROFESOR DE DEREITO CONSTITUCIONAL DA UNIVERSIDADE DE VIGO.

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA XUNTA DE GALICIA

**TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OUTRAS DA SEGUINTE BIBLIOGRAFIA
SELECCIONADA**

- El sistema de fuentes de las entidades locales (I). Antonio Serrano Pascual. Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 2, 2003, páxs. 7-41
- Bienes de las entidades locales: bienes de dominio público, bienes Patrimoniales, bienes comunales. Alfredo Dagnino Guerra. El derecho local en la doctrina del Consejo de Estado / coord. por Jerónimo Arozamena Sierra, 2002, ISBN 84-340-1309-6, páxs. 365-460
- El Derecho de Bienes de las Entidades Locales. María Jesús Gallardo Castillo. Madrid : Editorial La Ley, El Consultor, 2007
- La Hacienda local en España: entre la reforma del sistema de financiación y la Ley de Estabilidad Presupuestaria. José Manuel González-Páramo Martínez-Murillo. Análisis local, ISSN 1575-5266, Nº 50, 2003, páxs. 25-32
- Las haciendas locales: esas grandes olvidadas. Juan José Zornoza Pérez, Javier Martín Fernández. Papeles de economía española, ISSN 0210-9107, Nº 115, 2008 (Exemplar dedicado a: Competencia, financiación y gestión de los entes locales. Elementos para un debate), páxs. 81-100
- Las haciendas locales. Situación actual y perspectivas. José María Farfán Pérez. Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma / coord. por Manuel Medina Guerrero, Antonio Arroyo Gil, 2005, ISBN 84-609-7875-3, páxs. 103-116

TEMA 12

**AS RELACIÓNS ENTRE ADMINISTRACIÓNS
PÚBLICAS. AS RELACIÓNS ENTRE O ESTADO E
AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. AS RELACIÓNS
COA ADMINISTRACIÓN LOCAL.
COMUNICACIÓNS ÁS COMUNIDADES
EUROPEAS.**

TEMA 12. AS RELACIÓNS ENTRE ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. AS RELACIÓNS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. AS RELACIÓNS COA ADMINISTRACIÓN LOCAL. COMUNICACIÓNS ÁS COMUNIDADES EUROPEAS.

I. AS RELACIÓNS ENTRE ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

1. PRINCIPIOS REITORES

Tal e como as define RIVERO YSERN, as relacións interadministrativas son aquelas que, en virtude das previsións do ordenamento xurídico, poden orixinarse entre dúas ou máis esferas administrativas.

Convén precisar que cando falamos de relacións administrativas podemos estar a referirnos tanto ás relacións interorgánicas, é dicir, as que se producen entre órganos dunha mesma administración, como ás relacións intersubxectivas, que son as establecidas entre suxeitos de administracións diferentes. A estas últimas ímonos referir aquí.

Pois ben, as normas que disciplinan as relacións entre as distintas administracións públicas dentro do mesmo Estado son de aparición relativamente recente e, non obstante, adquiren na actualidade unha singular importancia pola complexidade crecente das necesidades públicas que a Administración debe atender e que en moitos casos non se poden satisfacer coa actuación dun só suxeito público. Esta realidade require ser abordada cunha fluída relación entre as administracións públicas e un marco de actuación común a todas elas.

Como sinala o profesor SOSA WAGNER, as distintas fórmulas de colaboración e cooperación entre as administracións públicas, responden aos principios do chamado "federalismo cooperativo", que é a expresión con que se designou as modernas fórmulas federais e que significa que o exercicio das competencias polos diferentes centros de poder territorial se fai de forma coordinada como resultado ou froito da lealdade que debe presidir as relacións entre os suxeitos públicos.

Partindo dunha estrutura de Estado complexo, como é o noso, no que concorren diversas administracións públicas sobre o mesmo territorio, o exercicio dos distintos poderes que cada unha delas posúe, require, pola razón apuntada, o establecemento e a articulación de normas reguladoras das mutuas relacións entre os distintos planos estatal, autonómico e local. Así, é un principio comunmente aceptado o de que o exercicio das competencias

polas diferentes administracións que concorren sobre un mesmo territorio deba facerse dunha forma leal, coordinada e solidaria.

De tales principios reitores faise eco a Constitución española no seu artigo 103.1, cando establece que a Administración serve con obxectividade aos intereses xerais, con sometemento pleno á lei e ao Dereito, para logo precisar que actuará con sometemento aos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación.

Pola súa banda, o Tribunal Constitucional, entre outras, na súa sentenza 143/1985, do 24 de outubro, recorda que o respecto ao principio de coordinación é unha consecuencia da unidade transcendental dos intereses públicos dentro dun mesmo Estado, como técnica que asegura a complementariedade de actuacións políticas e administrativas das distintas administracións públicas.

Estas relacións establécense na maioría dos casos nun plano horizontal no que, polo tanto, o posicionamento das administracións públicas relacionadas se sitúa en condición de igualdade. A posición de superioridade da Administración xeral do Estado, ben sexa en relación coas comunidades autónomas ou ben o sexa en relación coas corporacións locais, só se produce, normalmente, cando intervén de xeito decisivo o interese nacional.

A regulación xeral da materia está contida no título III da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. No seu Preámbulo indícase que se establece un réxime completo das relacións entre as distintas administracións públicas, que deberán suxeitarse a novos principios reitores cuxa última ratio se atopa nos artigos 2, 14 e 138 da Constitución, como a adecuación ao sistema de distribución de competencias, a solidariedade interterritorial, a programación e avaliación de resultados e o respecto á igualdade de dereitos de todos os cidadáns.

Seguindo a xurisprudencia constitucional, defínense e diferéncianse dous principios clave das relacións entre administracións: a cooperación, que é voluntaria e a coordinación, que é obrigatoria. Sobre esta base regúlanse os diferentes órganos e formas de cooperar e coordinar.

De acordo co artigo 140.1 da Lei 40/2015, as diferentes administracións públicas actúan e relaciónanse con outras administracións e entidades ou organismos vinculados ou dependentes destas de acordo cos seguintes principios:

- a) Lealdade institucional.
- b) Adecuación á orde de distribución de competencias establecida na Constitución e nos estatutos de autonomía e na normativa do réxime local.
- c) Colaboración, entendida como o deber de actuar co resto de administracións públicas para o logro de fins comúns.
- d) Cooperación, cando dúas ou máis administracións públicas, de xeito voluntario e en exercicio das súas competencias, asumen compromisos específicos en prol dunha acción común.
- e) Coordinación, en virtude da cal unha administración pública e singularmente, a Administración xeral do Estado, ten a obriga de garantir a coherencia das actuacións das diferentes administracións públicas afectadas por unha mesma materia para a consecución dun resultado común, cando así o prevé a Constitución e o resto do ordenamento xurídico.
- f) Eficiencia na xestión dos recursos públicos, compartindo o uso de recursos comúns, salvo que non resulte posible ou se xustifique en termos do seu mellor aproveitamento.
- g) Responsabilidade de cada administración pública no cumprimento das súas obrigas e compromisos.
- h) Garantía e igualdade no exercicio dos dereitos de todos os cidadáns nas súas relacións coas diferentes administracións.
- i) Solidariedade interterritorial de acordo coa Constitución.

O título III da Lei 40/2015 aplícase tanto ás relacións entre a administración xeral do Estado e as administracións das comunidades autónomas, coma ás relacións entre estas e as entidades locais, aínda que hai que ter en conta que estas últimas relacións, no non previsto pola Lei 40/2015, se rexerán pola lexislación básica en materia de réxime local (artigo 140.2 da Lei 40/2015).

2. O DEBER DE COLABORACIÓN

As relacións de colaboración son as máis comúns entre administracións públicas. Son o resultado da existencia de varias administracións, dotadas de autonomía, exercendo as súas competencias sobre o mesmo territorio. Polo tanto, a existencia dun deber de colaboración entre as distintas administracións públicas é unha consecuencia mesma do modelo de

organización territorial que a Constitución establece: este modelo dálgún modo impón pór en marcha as relacións de colaboración mediante a asistencia recíproca, intercambio de información e os demais mecanismos legalmente previstos.

Esta visión é recollida pola sentenza do Tribunal Constitucional 76/1983, do 5 de agosto, cando sinala que a existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre as administracións públicas implicadas é unha consecuencia do principio xeral de colaboración que debe presidir as relacións entre estas. Deber este que non é preciso xustificar na existencia de preceptos legais concretos, por canto é consecuencia do noso modelo territorial.

- Contido do deber de colaboración

Neste sentido, o artigo 140.1.c) da Lei 40/2015 define a colaboración como o deber de actuar co resto de administracións públicas para o logro de fins comúns. A continuación, o artigo 141.1 concreta o contido dese deber, que inclúe:

- a) Respetar o exercicio lexítimo polas outras administracións das súas competencias.
- b) Ponderar, no exercicio das competencias propias, a totalidade dos intereses públicos implicados e, en concreto, aqueles cuxa xestión estea encomendada ás outras administracións.
- c) Facilitarlles ás outras administracións a información que precisen sobre a actividade que desenvolvan no exercicio das súas propias competencias ou que sexa necesaria para que os cidadáns poidan acceder de forma integral á información relativa a unha materia.
- d) Prestar, no ámbito propio, a asistencia que as outras administracións puidesen solicitar para o eficaz exercicio das súas competencias.
- e) Cumprir coas obrigas concretas derivadas do deber de colaboración e as restantes que se establezan normativamente.

O apartado 2 do artigo 141 completa esta concreción do deber de colaboración enumerando os supostos en que é lexítimo negar a asistencia e colaboración requiridas:

- Cando o organismo público ou a entidade do que se solicita non estea facultado para prestala de acordo co previsto na súa normativa específica.
- Cando non dispoña de medios abondo para iso.

- Cando, de facelo, causaría un prexuízo grave aos intereses cuxa tutela ten encomendada ou ao cumprimento das súas propias funcións.

- Cando a información solicitada teña carácter confidencial ou reservado.

En todo caso, a negativa a prestar a asistencia ten que comunicarse motivadamente á administración solicitante.

Engade o apartado 3 do artigo 141 da Lei 40/2015 que a Administración xeral do Estado, as das comunidades autónomas e as das entidades locais deberán colaborar e auxiliarse para a execución dos seus actos que deban realizar ou teñan efectos fóra dos seus respectivos ámbitos territoriais. Os posibles custos que poida xerar o deber de colaboración poderán ser repercutidos cando así se acorde.

- *Técnicas de colaboración*

De acordo co artigo 142 da Lei 40/2015, as obrigas que se derivan do deber de colaboración faranse efectivas, entre outras, a través das seguintes técnicas:

a) A subministración de información, datos, documentos ou medios probatorios que se atopen á disposición do organismo público ou a entidade aos que se dirixe a solicitude e que a administración solicitante precise dispoñer para o exercicio das súas competencias.

b) A creación e mantemento de sistemas integrados de información administrativa co fin de dispoñer de datos actualizados, completos e permanentes referentes aos diferentes ámbitos de actividade administrativa en todo o territorio nacional.

c) O deber de asistencia e auxilio, para atender as solicitudes formuladas por outras administracións para o mellor exercicio das súas competencias, en especial cando os efectos da súa actividade administrativa se estendan fóra do seu ámbito territorial.

3. O PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

- *Definición legal*

De acordo co artigo 140.1.d) da Lei 40/2015, enténdese que hai cooperación cando dúas ou máis administracións públicas, de xeito voluntario e en exercicio das súas competencias, asumen compromisos específicos en prol dunha acción común.

Por conseguinte, a cooperación caracterízase pola voluntariedade, tal como reafirma o artigo

143 da Lei 40/2015 cando sinala que as administracións cooperarán ao servizo do interese xeral e poderán acordar de xeito voluntario a forma de exercer as súas respectivas competencias que mellor sirva a este principio, engadindo que a formalización de relacións de cooperación requirirá a aceptación expresa das partes, formulada en acordos de órganos de cooperación ou en convenios.

- Técnicas de cooperación

O Tribunal Constitucional pronunciouse sobre este aspecto no sentido de recoñecer certa marxe de discrecionalidade na utilización dos distintos instrumentos para levar a cabo a cooperación (entre outras, sentenza 118/1998, do 4 de xuño). Agora ben, tamén o Tribunal Constitucional insistiu en que, en todo caso, a posta en marcha dos devanditos instrumentos en ningún caso permite alterar as competencias de cada unha das administracións actúantes (entre outras, sentenza 13/1992, do 6 de febreiro).

Nesta liña, a Lei 40/2015 non contén un catálogo pechado das técnicas de cooperación entre administracións públicas, senón que no seu artigo 144.1 indica que se poderá cumprir o principio de cooperación de acordo coas técnicas que as administracións interesadas estimen máis axeitadas, enunciado a modo exemplificativo as seguintes:

- a) A participación en órganos de cooperación, co fin de deliberar e, se é caso, acordar medidas en materias sobre as que teñan competencias diferentes administracións públicas.
- b) A participación en órganos consultivos doutras administracións públicas.
- c) A participación dunha administración pública en organismos públicos ou entidades dependentes ou vinculados a outra administración diferente.
- d) A prestación de medios materiais, económicos ou persoais a outras administracións públicas.
- e) A cooperación interadministrativa para a aplicación coordinada da normativa reguladora dunha determinada materia.
- f) A emisión de informes non preceptivos co fin de que as diferentes administracións expresen o seu criterio sobre propostas ou actuacións que incidan nas súas competencias.
- g) As actuacións de cooperación en materia patrimonial, incluídas os cambios de titularidade e a cesión de bens, previstas na lexislación patrimonial.

O artigo 144 engade que nos convenios e acordos nos que se formalice a cooperación se preverán as condicións e compromisos que asumen as partes que os subscriben. Así mesmo, cada administración pública manterá actualizado un rexistro electrónico dos órganos de cooperación nos que participe e de convenios que subscribise.

- Órganos de cooperación

O artigo 145 da Lei 40/2015 ocúpase en particular dos órganos de cooperación, que se definen como os órganos de composición multilateral ou bilateral, de ámbito xeral ou especial, constituídos por representantes da Administración xeral do Estado, das administracións das comunidades ou cidades de Ceuta e Melilla ou, se é o caso, das entidades locais, para acordar voluntariamente actuacións que melloren o exercicio das competencias que ten cada administración pública.

Estes órganos réxense polo disposto na Lei 40/2015 e polas disposicións específicas que lles sexan de aplicación. Se neles participa a Administración xeral do Estado, deberán inscribirse no Rexistro estatal de órganos e instrumentos de cooperación para que resulte válida a súa sesión constitutiva.

Os órganos de cooperación, salvo oposición por algunha das partes, poderán adoptar acordos a través dun procedemento simplificado e por subscrición sucesiva das partes, por calquera das formas admitidas en Dereito, nos termos que se establezan de común acordo.

4. OS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

- Definición legal

A cooperación entre administracións públicas artículase con moita frecuencia a través da subscrición dos correspondentes convenios, que teñen a súa regulación básica no capítulo VI do título preliminar da Lei 40/2015. En concreto, os que interesan para estes efectos son os mencionados no artigo 47.2.a) da lei: convenios interadministrativos asinados entre dúas ou máis administracións públicas, ou ben entre dous ou máis organismos públicos ou entidades de dereito público vinculados ou dependentes de distintas administracións públicas, e que poderán incluír a utilización de medios, servizos e recursos doutra administración pública, organismo público ou entidade de dereito público vinculado ou dependente, para o exercicio de competencias propias ou delegadas.

Hai que ter en conta que desta regulación quedan excluídos os convenios interadministrativos subscritos entre dúas ou máis comunidades autónomas para a xestión e prestación de servizos propios destas, que se rexerán en canto aos seus supostos, requisitos e termos polo previsto nos seus respectivos estatutos de autonomía. Así mesmo, o artigo 47.1 da Lei 40/2015 aclara que non teñen a consideración de convenios, os protocolos xerais de actuación ou instrumentos similares que comporten meras declaracións de intención de contido xeral ou que expresen a vontade das administracións e partes subscritoras para actuar cun obxectivo común, sempre que non supoñan a formalización de compromisos xurídicos concretos e esixibles.

Os convenios non poderán ter por obxecto prestacións propias dos contratos. En tal caso, a súa natureza e réxime xurídico axustarase ao previsto na lexislación de contratos do sector público.

- Requisitos de validez e eficacia

De acordo co artigo 48 da Lei 40/2015, a subscrición de convenios non pode supoñer cesión da titularidade da competencia e deberá cumprir os seguintes fins:

- Mellorar a eficiencia da xestión pública.
- Facilitar a utilización conxunta de medios e servizos públicos.
- Contribuír á realización de actividades de utilidade pública.
- Cumprir coa lexislación de estabilidade orzamentaria e sostibilidade financeira.

A xestión, xustificación e resto de actuacións relacionadas cos gastos derivados dos convenios que inclúan compromisos financeiros para a Administración pública ou calquera dos seus organismos públicos ou entidades de dereito público vinculados ou dependentes que o subscriban, así como cos fondos comprometidos en virtude dos devanditos convenios axustaranse ao disposto na lexislación orzamentaria. Así mesmo, os convenios que inclúan compromisos financeiros deberán ser financeiramente sostibles, debendo ter os que os subscriban capacidade para financiar os asumidos durante a vixencia do convenio. As achegas financeiras que se comprometan realizar os asinantes non poderán ser superiores aos gastos derivados da execución do convenio.

Cando o convenio instrumente unha subvención, deberá cumprir co previsto na Lei 38/2003,

do 17 de novembro, xeral de subvencións e na normativa autonómica de desenvolvemento que, se é o caso, resulte aplicable. Así mesmo, cando o convenio teña por obxecto a delegación de competencias nunha entidade local, deberá cumprir co disposto en Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

Os convenios perfecciónanse pola prestación do consentimento das partes. No caso dos subscritos pola Administración xeral do Estado ou algún dos seus organismos públicos ou entidades de dereito público vinculados ou dependentes, é requisito de eficacia a inscrición no Rexistro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación do sector público estatal e a publicación no *Boletín Oficial do Estado*. Previamente e con carácter facultativo, poderanse publicar no boletín oficial da comunidade autónoma ou da provincia que corresponda á outra administración asinante.

- *Contido*

O artigo 49 da Lei 40/2015 prevé que os convenios deberán incluír, polo menos, as seguintes materias:

- a) Suxeitos que subscriben o convenio e a capacidade xurídica con que actúa cada unha das partes.
- b) A competencia na que se fundamenta a actuación da Administración pública, dos organismos públicos e as entidades de dereito público vinculados ou dependentes dela ou das universidades públicas.
- c) Obxecto do convenio e actuacións que se van realizar por cada suxeito para o seu cumprimento, indicando, se é o caso, a titularidade dos resultados obtidos.
- d) Obrigas e compromisos económicos asumidos por cada unha das partes, se os houbese, indicando a súa distribución temporal por anualidades e a súa imputación concreta ao orzamento correspondente de acordo co previsto na lexislación orzamentaria.
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumprimento das obrigas e compromisos asumidos por cada unha das partes e, se é o caso, os criterios para determinar a posible indemnización polo incumprimento.
- f) Mecanismos de seguimento, vixilancia e control da execución do convenio e dos compromisos adquiridos polos asinantes. Este mecanismo resolverá os problemas de

interpretación e cumprimento que poidan formularse respecto dos convenios.

g) O réxime de modificación do convenio. A falta de regulación expresa a modificación do contido do convenio requirirá acordo unánime dos asinantes.

h) Prazo de vixencia do convenio tendo en conta as seguintes regras:

1. Os convenios deberán ter unha duración determinada, que non poderá ser superior a catro anos, salvo que normativamente se prevexa un prazo superior.
2. En calquera momento antes da finalización do prazo previsto no apartado anterior, os asinantes do convenio poderán acordar unanimemente a súa prórroga por un período de ata catro anos adicionais ou a súa extinción.

- Trámites preceptivos para a subscripción de convenios e os seus efectos

Sen prexuízo das especialidades que a lexislación autonómica poida prever, será necesario que o convenio se acompañe dunha memoria xustificativa onde se analice a súa necesidade e oportunidade, o seu impacto económico, o carácter non contractual da actividade en cuestión, así como o cumprimento do previsto na Lei 40/2015.

Os convenios que subscriba a Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes acompañaranse ademais de:

- a) O informe do seu servizo xurídico. Non será necesario solicitar este informe cando o convenio se axuste a un modelo normalizado informado previamente polo servizo xurídico que corresponda.
- b) Calquera outro informe preceptivo que estableza a normativa aplicable.
- c) A autorización previa do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas para a súa sinatura, modificación, prórroga e resolución por mutuo acordo entre as partes.
- d) Cando os convenios plurianuais subscritos entre administracións públicas inclúan achegas de fondos por parte do Estado para financiar actuacións que se van executar exclusivamente por parte doutra administración pública e o Estado asuma, no ámbito das súas competencias, os compromisos fronte a terceiros, a achega do Estado de anualidades futuras estará condicionada á existencia de crédito nos correspondentes orzamentos.
- e) Os convenios interadministrativos subscritos coas comunidades autónomas, serán

remitidos ao Senado polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

- Extinción

Segundo o artigo 51 da Lei 40/2015, os convenios extínguense polo cumprimento das actuacións que constitúen o seu obxecto ou por incorrer en causa de resolución.

Son causas de resolución:

- a) O transcurso do prazo de vixencia do convenio sen acordarse a prórroga deste.
- b) O acordo unánime de todos os asinantes.
- c) O incumprimento das obrigas e compromisos asumidos por parte dalgún dos asinantes.

Neste caso, calquera das partes poderá notificarlle á parte non cumpridora un requirimento para que cumpra nun determinado prazo coas obrigas ou compromisos que se consideran incumplidos. Este requirimento seralle comunicado ao responsable do mecanismo de seguimento, vixilancia e control da execución do convenio e ás demais partes asinantes.

Se transcorrido o prazo indicado no requirimento persistise o incumprimento, a parte que o dirixiu notificaralles ás partes asinantes a concorrencia da causa de resolución e entenderase resolto o convenio. A resolución do convenio por esta causa poderá levar consigo a indemnización dos prexuízos causados, se así se tivese previsto.

- d) Por decisión xudicial declaratoria da nulidade do convenio.
- e) Por calquera outra causa distinta das anteriores prevista no convenio ou noutras leis.

De acordo co artigo 52 da Lei 40/2015, o cumprimento e a resolución dos convenios dará lugar á liquidación destes co obxecto de determinar as obrigas e compromisos de cada unha das partes.

No suposto de convenios dos que deriven compromisos financeiros, entenderanse cumpridos cando o seu obxecto se realice nos termos e a satisfacción de ambas as dúas partes, de acordo coas súas respectivas competencias, tendo en conta as seguintes regras:

- a) Se da liquidación resultase que o importe das actuacións executadas por algunha das partes fose inferior aos fondos que esta recibise do resto de partes do convenio para financiar a devandita execución, aquela deberá reintegrar a estas o exceso que lle corresponda a cada unha, no prazo máximo dun mes dende que se aprobase a liquidación.

Transcorrido o prazo máximo dun mes, mencionado no parágrafo anterior, sen que se producise o reintegro, deberase aboar ás devanditas partes, tamén no prazo dun mes a contar dende ese momento, o xuro de mora aplicable ao citado reintegro, que será en todo caso o que resulte das disposicións de carácter xeral reguladoras do gasto público e da actividade económico-financeira do sector público.

b) Se fose superior, o resto de partes do convenio, no prazo dun mes dende a aprobación da liquidación, deberá aboarlle á parte de que se trate a diferenza que corresponda a cada unha delas, co límite máximo das cantidades que cada unha delas se tería comprometido a achegar en virtude do convenio. En ningún caso as partes do convenio terán dereito a esixirlle ao resto ningunha contía que supere os citados límites máximos.

Non obstante o anterior, se cando concorra calquera das causas de resolución do convenio existen actuacións en curso de execución, as partes, por proposta da comisión de seguimento, vixilancia e control do convenio ou, no seu defecto, do responsable do mecanismo a que fai referencia a letra f) do artigo 49, poderán acordar a continuación e finalización das actuacións en curso que consideren oportunas, establecendo un prazo improrrogable para a súa finalización, transcorrido o cal deberá realizarse a liquidación destas.

II. AS RELACIÓNS ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

As relacións entre a Administración xeral do Estado e as das comunidades autónomas réxense esencialmente por tres principios: o de colaboración, que tanto a xurisprudencia constitucional coma a Lei 40/2015 entenden como un deber, o de cooperación e o de coordinación.

É frecuente engadir a estes un cuarto principio que é o de participación, referido á presenza das comunidades autónomas na realización de tarefas do Estado, no seu conxunto, e que se concreta tanto na presenza de senadores, designados polas comunidades autónomas na Cámara Alta (artigo 69.5 da CE), coma á participación destas na actividade lexislativa do Estado, que se plasma na iniciativa lexislativa autonómica ante as Cortes Xerais (artigo 87.2 da CE e 10.1.f) do Estatuto de autonomía de Galicia).

1. TÉCNICAS ORGÁNICAS DE COOPERACIÓN ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A Lei 40/2015 regula especificamente as técnicas orgánicas de cooperación entre o Estado e as comunidades autónomas, que se plasman en tres tipos de órganos: a Conferencia de Presidentes, as conferencias sectoriais e as comisións bilaterais de cooperación. Os dous primeiros son órganos de cooperación multilateral, porque reúnen representantes do Estado con representantes de todas as comunidades autónomas, mentres que as segundas teñen carácter bilateral, ao instrumentar as relacións dunha comunidade autónoma concreta co Estado.

- A Conferencia de Presidentes

O artigo 146 da Lei 40/2015 define a Conferencia de Presidentes como un órgano de cooperación multilateral entre o Goberno da Nación e os respectivos gobernos das comunidades autónomas. Está formada polo presidente do Goberno, que a preside, e polos presidentes das comunidades autónomas e das cidades de Ceuta e Melilla.

O seu obxecto é a deliberación de asuntos e a adopción de acordos de interese para o Estado e as comunidades autónomas. Está asistida para a preparación das súas reunións por un comité preparatorio do que forman parte un ministro do Goberno, que o preside, e un conselleiro de cada comunidade autónoma.

- As conferencias sectoriais

De acordo co artigo 147 da Lei 40/2015, as conferencias sectoriais son órganos de cooperación, de composición multilateral e ámbito sectorial determinado, a diferenza do carácter non especializado que ten a Conferencia de Presidentes.

As conferencias sectoriais teñen como presidente o membro do Goberno que, en representación da Administración xeral do Estado, resulte competente por razón da materia, e fórmana ademais os correspondentes membros dos consellos de goberno, en representación das comunidades autónomas e das cidades de Ceuta e Melilla.

As conferencias sectoriais, ou órganos sometidos ao seu réxime xurídico con outra denominación, haberán de inscribirse no Rexistro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación para a súa válida constitución.

Cada conferencia sectorial dispoñerá dun regulamento de organización e funcionamento interno aprobado polos seus membros.

En canto ás súas funcións, poden ser de carácter consultivo, decisorio ou de coordinación e estarán orientadas a alcanzar acordos sobre materias comúns. O artigo 148.2 da Lei 40/2015 enuncia de xeito non exhaustivo as seguintes:

- a) Ser informadas sobre os anteproxectos de leis e os proxectos de regulamentos do Goberno da Nación ou dos consellos de goberno das comunidades autónomas cando lle afecten de xeito directo ao ámbito competencial das outras administracións públicas ou cando así estea previsto na normativa sectorial aplicable, ben a través do seu pleno ou ben a través da comisión ou o grupo de traballo mandado para o efecto.
- b) Establecer plans específicos de cooperación entre comunidades autónomas na materia sectorial correspondente, e procurar a supresión de duplicidades, e a consecución dunha mellor eficiencia dos servizos públicos.
- c) Intercambiar información sobre as actuacións programadas polas distintas administracións públicas, en exercicio das súas competencias, e que lles poidan afectar ás outras administracións.
- d) Establecer mecanismos de intercambio de información, especialmente de contido estatístico.
- e) Acordar a organización interna da conferencia sectorial e do seu método de traballo.
- f) Fixar os criterios obxectivos que sirvan de base para a distribución territorial dos créditos orzamentarios, así como a súa distribución ao comezo do exercicio económico, de acordo co previsto na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria.

O réxime de convocatoria das reunións das conferencias sectoriais está previsto no artigo 149 da Lei 40/2015. Correspóndelle ao ministro que presida a conferencia sectorial acordar a convocatoria das reunións por iniciativa propia, polo menos unha vez ao ano, ou cando o soliciten, polo menos, a terceira parte dos seus membros. Neste último caso, a solicitude deberá incluír a proposta de orde do día.

A convocatoria, que deberá acompañarse dos documentos necesarios coa suficiente antelación, deberá conter a orde do día prevista para cada sesión, sen que poidan

examinarse asuntos que non figuren neste, salvo que todos os membros da conferencia sectorial manifesten a súa conformidade. A orde do día de cada reunión será proposta polo presidente e deberá especificar o carácter consultivo, decisorio ou de coordinación de cada un dos asuntos que se van tratar.

Cando a conferencia sectorial tivese que reunirse co obxecto exclusivo de informar un proxecto normativo, a convocatoria, a constitución e adopción de acordos poderá efectuarse por medios electrónicos, telefónicos ou audiovisuais, que garantan a intercomunicación entre eles e a unidade de acto, tales como a videoconferencia ou o correo electrónico, entendéndose os acordos adoptados no lugar onde estea a presidencia, de acordo co procedemento que se estableza no regulamento de funcionamento interno da conferencia sectorial.

A elaboración e remisión de actas poderá realizarse a través de medios electrónicos.

De acordo co artigo 150 da Lei 40/2015, cada conferencia sectorial terá un secretario que será designado polo presidente da conferencia sectorial, ao que se lle atribúen as funcións típicas do secretario dun órgano colexiado.

O artigo 151 da Lei 40/2015 especifica o réxime xurídico das decisións das conferencias sectoriais. O primeiro que se establece é que a adopción de decisións requirirá a previa votación dos membros da conferencia sectorial. Esta votación producirase pola representación que cada administración pública teña e non polos distintos membros de cada unha delas.

As decisións que adopten as conferencias sectoriais poderán revestir a forma de:

a) Acordo: supón un compromiso de actuación no exercicio das respectivas competencias. Son de obrigado cumprimento e directamente esixibles de acordo co previsto na Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, salvo para os que votasen en contra mentres non decidan subscribilos con posterioridade. O acordo será certificado en acta.

Cando a Administración xeral do Estado exerza funcións de coordinación, de acordo coa orde constitucional de distribución de competencias do ámbito material respectivo, o acordo que se adopte na conferencia sectorial, e no que se incluírán os votos particulares que se formularsen, será de obrigado cumprimento para todas as administracións públicas

integrantes da conferencia sectorial, con independencia do sentido do seu voto, sendo esixibles conforme ao establecido na Lei da Xurisdición contencioso-administrativa. O acordo será certificado en acta.

As conferencias sectoriais poderán adoptar plans conxuntos, de carácter multilateral, entre a Administración xeral do Estado e a das comunidades autónomas, para comprometer actuacións conxuntas para a consecución dos obxectivos comúns, que terán a natureza de acordo da conferencia sectorial e se publicarán no *Boletín Oficial do Estado*.

b) Recomendación: ten como finalidade expresar a opinión da conferencia sectorial sobre un asunto que se somete á súa consulta. Os membros da conferencia sectorial comprométense a orientar a súa actuación nesa materia de conformidade co previsto na recomendación, salvo os que votasen en contra mentres non decidan subscribila con posterioridade. Se algún membro se aparta da recomendación, deberá motivalo e incorporar a devandita xustificación no correspondente expediente.

Por último, o artigo 152 da Lei 40/2015 regula as comisións sectoriais como órganos de traballo e apoio de carácter xeral das conferencias sectoriais. Están constituídas polo secretario de Estado ou órgano superior da Administración xeral do Estado designado para o efecto polo ministro correspondente, que a presidirá, e un representante de cada comunidade autónoma, así como un representante da Cidade de Ceuta e da Cidade Melilla. O exercicio das funcións propias da secretaría da comisión sectorial corresponderalle a un funcionario do ministerio correspondente.

A comisión sectorial exercerá as seguintes funcións:

- a) A preparación das reunións da conferencia sectorial, para o que tratará os asuntos incluídos na orde do día da convocatoria.
- b) O seguimento dos acordos adoptados pola conferencia sectorial.
- c) O seguimento e avaliación dos grupos de traballo constituídos.
- d) Calquera outra que lle encomende a conferencia sectorial.

As conferencias sectoriais poderán crear grupos de traballo, de carácter permanente ou temporal, formados por directores xerais, subdirectores xerais ou equivalentes das diferentes administracións públicas que formen parte da devandita conferencia, para levar a cabo as

tarefas técnicas que lles asigne a conferencia sectorial ou a comisión sectorial. A estes grupos de traballo poderán ser invitados expertos de recoñecido prestixio na materia que se vai tratar.

O director do grupo de traballo, que será un representante da Administración xeral do Estado, poderá solicitar co voto favorable da maioría dos seus membros, a participación neste das organizacións representativas de intereses afectados, co fin de solicitar propostas ou formular consultas.

- As comisións bilaterais de cooperación

As comisións bilaterais de cooperación defínense no artigo 153 da Lei 40/2015 como órganos de cooperación de composición bilateral que reúnen, por un número igual de representantes, a membros do Goberno, en representación da Administración xeral do Estado, e membros do consello de goberno da comunidade autónoma ou representantes da Cidade de Ceuta ou da Cidade de Melilla.

As comisións bilaterais de cooperación exercen funcións de consulta e adopción de acordos que teñan por obxecto a mellora da coordinación entre as respectivas administracións en asuntos que lles afecten de forma singular á comunidade autónoma, á Cidade de Ceuta ou á Cidade de Melilla. Para o desenvolvemento da súa actividade, as comisións bilaterais de cooperación poderán crear grupos de traballo e poderán convocarse e adoptar acordos por videoconferencia ou por medios electrónicos.

As decisións adoptadas polas comisións bilaterais de cooperación revestirán a forma de acordos e serán de obrigado cumprimento, cando así se prevexa expresamente, para as dúas administracións que o subscriban e nese caso serán esixibles conforme ao establecido na Lei da Xurisdición contencioso-administrativa. O acordo será certificado en acta.

2. RELACIÓNS DE COORDINACIÓN ENTRE O ESTADO E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A coordinación implica concertar medios, esforzos etc., para unha acción común e leva implícita, en todo caso, unha facultade de dirección a cargo do ente que coordina, facultade esta que algúns autores (entre eles PAREJO ALFONSO) consideran que constitúe un límite ás competencias do ente coordinado.

Pois ben, a acción común que comporta a coordinación neste caso é a consecución do interese xeral da Nación e para iso o Estado, en uso da competencia exclusiva que a Constitución lle recoñece para a regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais (artigo 149.1.1), é o encargado de levar a cabo a función coordinadora en relación co exercicio das súas competencias polas comunidades autónomas. Para este respecto, o instrumento máis común co que conta o Estado para a devandita tarefa coordinadora é a sinalización de bases ou de normativa básica, co fin de asegurar o bo funcionamento do denominado Estado das autonomías.

A función de coordinación, non obstante, sexa cal sexa o instrumento empregado para levala a cabo, non pode en ningún caso chegar ao punto de baleirar de contido as competencias das comunidades autónomas. Así o ten establecido o Tribunal Constitucional, entre outras, na sentenza do 28 de abril de 1983.

Son varios os supostos do texto constitucional nos que se lle atribúe ao Estado a función coordinadora. Así, concretamente, o artigo 149 resérvaa para si en materia de planificación xeral da actividade económica, atribuíndolle o establecemento das bases e coordinación da planificación xeral (núm. 13). Tamén, nese mesmo artigo, considérase como tarefa do Estado o fomento e coordinación xeral da investigación científica e técnica (núm. 15) ou as bases e coordinación xeral da sanidade (núm. 16).

Existen distintos órganos que dentro do Estado se ocupan de asegurar a coordinación de actuacións entre este e as comunidades autónomas. Así:

- Os delegados do Goberno nas comunidades autónomas. Como é sabido, forman parte da Administración periférica do Estado e teñen atribuída a representación do Goberno na comunidade autónoma respectiva, a dirección da Administración do Estado no territorio autonómico e a coordinación desta coa da respectiva comunidade autónoma. Entre as funcións que lle atribúe o artigo 73.1 da Lei 40/2015 está a coordinación e colaboración con outras administracións públicas, o cal inclúe:

1. Comunicar e recibir tanta información precisen o Goberno e o órgano de Goberno da comunidade autónoma. Realizará tamén estas funcións coas entidades locais no seu ámbito territorial, a través dos seus respectivos presidentes.

2. Manter as necesarias relacións de coordinación e cooperación da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos coa da comunidade autónoma e coas correspondentes entidades locais. Para tal fin, promoverá a celebración de convenios coa comunidade autónoma e coas entidades locais, en particular, en relación cos programas de financiamento estatal, participando no seguimento da execución e cumprimento destes.

3. Participar nas comisións mixtas de transferencias e nas comisións bilaterais de cooperación, así como noutros órganos de cooperación de natureza similar cando se determine.

- O Consello de Política Fiscal e Financeira das comunidades autónomas, creado pola Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, de financiamento das comunidades autónomas, como órgano consultivo e de colaboración encargado das relacións do Estado e comunidades autónomas en materia financeira. Segundo establece o artigo 3 da súa lei de creación, o consello ten, entre outras, as funcións de coordinar a política orzamentaria das comunidades autónomas coa do Estado, a coordinación da política de endebedamento e a coordinación da política de investimentos públicos.

- As conferencias sectoriais. Como xa se expuxo con anterioridade, o artigo 151.2.a), parágrafo segundo, da Lei 40/2015 prevé especificamente que cando a Administración xeral do Estado exerza funcións de coordinación, de acordo coa orde constitucional de distribución de competencias do ámbito material respectivo, os acordos que se adopten nas conferencias sectoriais, e nos que se incluírán os votos particulares que se formularsen, serán de obrigado cumprimento para todas as administracións públicas integrantes da conferencia sectorial, con independencia do sentido do seu voto, sendo esixibles conforme ao establecido na Lei da Xurisdición contencioso-administrativa.

III. AS RELACIÓNS COA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. RÉXIME XERAL

De acordo co artigo 140.2 da Lei 40/2015, as relacións entre a Administración xeral do Estado ou as administracións das comunidades autónomas coas entidades que integran a Administración local réxense pola lexislación básica en materia de réxime local no non previsto polo título III daquela. Remite, así pois, a Lei 40/2015 neste punto á Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local e, concretamente, á regulación que esta fai

do tema que nos ocupa, entre outros, nos seus artigos 10 e 55 a 62.

A norma cabeceira das relacións entre a Administración local co resto das administracións públicas na normativa de réxime local está contida no artigo 10.1 da Lei de bases do réxime local, que sinala que "a Administración local e as demais administracións públicas axustarán as súas relacións recíprocas aos deberes de información mutua, colaboración, coordinación e respecto aos ámbitos competenciais respectivos".

A continuación, esta norma sinala os supostos xerais nos que deberán coordinarse as competencias das entidades locais entre si e coas das restantes administracións públicas: "cando as actividades ou os servizos locais transcendan o interese propio das correspondentes entidades, incidan ou condicionen relevantemente os das devanditas administracións ou sexan concorrentes ou complementarios dos destas".

Finalmente, este artigo trata de preservar en tales casos principios esenciais dos entes locais ao afirmar que "as funcións de coordinación serán compatibles coa autonomía dos entes locais".

Fóra dos enunciados normativos xerais, o bloque da regulación sobre esta materia está contido no capítulo II do título V da Lei, referido ás "relacións administrativas".

Así, no artigo 55 contéñense as obrigas xerais que deberán gardar as entidades locais entre si e nas súas relacións con outras administracións e que, en todo caso, deben estar presididas polos principios de coordinación e eficacia. As devanditas obrigas, no seu conxunto, son unha clara derivación do principio de lealdade institucional que en diferentes pronunciamentos veu consagrar o Tribunal Constitucional, como presuposto básico das relacións de colaboración. Tales obrigas son as seguintes:

- a) Respetar o exercicio lexítimo polas outras administracións das súas competencias e as consecuencias que deste se deriven para as propias.
- b) Ponderar, na actuación das competencias propias, a totalidade dos intereses públicos implicados e, en concreto, aqueles cuxa xestión estea encomendada a outras administracións.
- c) Valorar o impacto que as súas actuacións, en materia orzamentaria e financeira, puidesen provocar no resto de administracións públicas.

- d) Facilitarlles ás outras administracións a información sobre a propia xestión que sexa relevante para o axeitado desenvolvemento por estas dos seus labores.
- e) Prestar, no ámbito propio, a cooperación e asistencia activas que as outras administracións puidesen precisar para o eficaz cumprimento das súas tarefas.

Pola súa banda, a Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, á que máis tarde nos referiremos, sinala respecto das relacións das que tratamos, que as administracións públicas galegas axustarán as súas relacións aos principios de colaboración, cooperación, auxilio, coordinación e respecto aos correspondentes ámbitos competenciais, garantíndose a máxima eficacia na xestión administrativa. Así mesmo, prevese que a Xunta de Galicia exercerá as funcións de coordinación que prevé o Estatuto de autonomía de Galicia.

2. INSTRUMENTOS E ÓRGANOS DE COLABORACIÓN

A colaboración ou cooperación económica, técnica e administrativa, entre a Administración local e as demais administracións, tanto no referido a servizos locais coma en asuntos de interese común, artículase baixo o presuposto da voluntariedade e pode levarse a cabo, entre outros instrumentos, a través dos consorcios ou convenios administrativos.

Os convenios son instrumentos de colaboración con outras administracións polos que se pode levar a cabo, de común acordo, unha tipoloxía moi ampla de actividades. Están rexidos esencialmente polas normas previstas na Lei 40/2015, regulación á que xa nos referimos nun apartado anterior.

Ademais, as entidades locais poden constituír consorcios con outras administracións públicas ou entidades integrantes do sector público institucional, entre si ou con participación de entidades privadas, para o desenvolvemento de actividades de interese común a todas elas dentro do ámbito das súas competencias. Os consorcios poderán realizar actividades de fomento, prestacionais ou de xestión común de servizos públicos e cantas outras estean previstas nas leis, e poderán utilizarse para a xestión dos servizos públicos no marco dos convenios de cooperación transfronteiriza en que participen as administracións españolas, e de acordo coas previsións dos convenios internacionais ratificados por España na materia. A súa regulación básica está contida actualmente no

capítulo VI do título II da Lei 40/2015.

Non obstante o réxime de voluntariedade que, como vemos, rexe como norma xeral na colaboración da Administración local e as demais administracións, existen tamén outros mecanismos previstos na Lei de bases do réxime local que, pola contra, impoñen un réxime de cooperación obrigatoria. Entre outros, pódese citar para estes efectos o previsto no artigo 56 da Lei de bases do réxime local, cando establece que as entidades locais teñen deber de remitirlles ás Administracións do Estado e das comunidades autónomas unha copia dos actos e acordos adoptados por estas.

Como se pode ver neste último caso, trátase dunha colaboración de moi distinto carácter que a primeira, pois nela prima a idea de control. Por iso establécese para estes casos que as administracións do Estado e das comunidades autónomas estarán facultadas, co fin de comprobar a efectividade na súa aplicación e, respectivamente, da lexislación estatal e a autonómica, para solicitar e obter información concreta sobre a actividade municipal, e poderán solicitar mesmo a exhibición de expedientes e a emisión de informes.

Non obstante, a lei prevé neste precepto unha contrapartida positiva para as entidades locais cando contempla que, en todo caso, a Administración do Estado e a das comunidades autónomas deberán facilitar o acceso dos representantes legais das entidades locais aos instrumentos de planificación, programación e xestión de obras e servizos que lles afecten directamente.

Entre os mecanismos de cooperación obrigatoria, ademais do anteriormente citado, pódese sinalar o previsto no artigo 59.1 da Lei de bases do réxime local, cando establece que "co fin de asegurar a coherencia da actuación das administracións públicas, nos supostos previstos no número 2 do artigo 10 –actividades ou servizos locais que transcenden o interese propio das correspondentes entidades locais– e para o caso de que o devandito fin non poida alcanzarse polos procedementos contemplados nos artigos anteriores ou estes resultasen manifestamente inadecuados por razón das características da tarefa pública de que se trate, as leis do Estado e as das comunidades autónomas, reguladoras dos distintos sectores da acción pública, poderán atribuírle ao Goberno da Nación, ou ao consello de goberno, a facultade de coordinar a actividade da Administración local e, en especial, das deputacións provinciais no exercicio das súas

competencias,".

Ademais, nestes casos contémlase que "a coordinación se realizará mediante a definición concreta e en relación cunha materia, servizo ou competencia determinados dos intereses xerais ou comunitarios, a través de plans sectoriais para a fixación dos obxectivos e a determinación das prioridades da acción pública na materia correspondente".

En canto aos órganos de colaboración, son varios os previstos nas leis. Por un lado, están os establecidos nas leis do Estado e das comunidades autónomas. Estes órganos son de carácter consultivo e poden ter ámbito autonómico ou provincial e carácter xeral ou sectorial. Son numerosos os exemplos correspondentes a este tipo de órganos que existen na actualidade. O máis significativo é o previsto nos artigos 117 e seguintes da propia Lei de bases do réxime local, a Comisión Nacional de Administración Local, órgano de colaboración permanente entre a Administración xeral do Estado e a Administración local, presidido polo ministro de Administracións Públicas e cunha composición que agrupa a unha representación paritaria de ambas as dúas administracións.

Por outro lado, tamén hai que contar entre os devanditos órganos os previstos no artigo 58 da Lei de bases do réxime local, entre os que se poden citar as comisións territoriais de Administración local que teñen por obxecto a coordinación de investimentos e de prestación de servizos. Un exemplo a este respecto, na nosa comunidade autónoma, é a Comisión Galega de Cooperación Local.

A Lei de Administración local de Galicia considéraa como o órgano permanente de colaboración para a coordinación entre a Administración autonómica e as entidades locais galegas. A comisión está presidida polo presidente da Xunta de Galicia e a súa composición é paritaria, pois está integrada por representantes da comunidade autónoma e por representantes das entidades locais galegas, cun número total de vinte e catro membros.

De acordo co artigo 191 da Lei de Administración local de Galicia, as funcións da Comisión son as seguintes:

- a) Emitir informe sobre os anteproxectos de lei, regulamentos e decretos que lle concirnan ao réxime local.
- b) Propoñer medidas de asistencia e asesoramento aos concellos, especialmente a través

do estudo, información e difusión das materias que lles afecten.

c) Informar das necesidades e insuficiencias dos municipios galegos en materia de servizos mínimos e propoñer criterios xerais para acordar a dispensa da súa prestación.

d) Velar polo cumprimento dos principios de autonomía e suficiencia financeira das entidades locais.

e) Estudar e propoñer as medidas que crea convenientes en relación coa situación económico-financeira das entidades locais.

f) Propoñer criterios de colaboración e coordinación para que as diferentes administracións públicas exerzan as súas funcións de cooperación económica, técnica e administrativa.

g) Coñecer e emitir informe sobre os acordos das comisións que creen para a transferencia e delegación de competencias propias da comunidade autónoma nas entidades locais para a encomenda de xestión, así como emitir un informe previo nos casos de revogación da delegación ou da encomenda de xestión.

h) Estudar e propoñer criterios para a distribución do Fondo de Cooperación Local.

i) Coñecer e emitir un informe sobre os proxectos de plans provinciais de cooperación ás obras e aos servizos de competencia municipal.

j) Propoñer e emitir un informe sobre os convenios ou outras fórmulas de colaboración interadministrativa que poidan subscribirse entre a comunidade autónoma e as deputacións provinciais.

IV. COMUNICACIÓNS ÁS COMUNIDADES EUROPEAS

Como é sabido, a materia «relacións internacionais» é unha competencia exclusiva do Estado (artigo 149.1.3 da CE), polo que é este quen asume de xeito directo o cumprimento dos compromisos e obrigas coa Unión Europea. De aí que se deban canalizar a través da Administración xeral do Estado as comunicacións de todas as administracións públicas españolas aos órganos e institucións da Unión Europea. As sentenzas do Tribunal Constitucional 172/1992 e 80/1993 pronunciáronse a este respecto no sentido de que a información «debe facerse a través do conduto que determine o Estado, a quen lle corresponde non só a relación directa coa comisión, senón tamén xuntar as diversas informacións que reciba dos restantes entes autonómicos para facilitarlle á comisión,

como un todo e, non separadamente a información solicitada».

Así se establecía con carácter xeral no artigo 10 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, segundo o cal:

"1. Cando en virtude dunha obriga derivada do Tratado da Unión Europea ou dos tratados das Comunidades Europeas ou dos actos das súas institucións deban comunicarse a estas disposicións de carácter xeral ou resolucións, as administracións públicas procederán á súa remisión ao órgano da Administración xeral do Estado competente para realizar a comunicación ás devanditas institucións. En ausencia de prazo específico para cumprir esa obriga, a remisión efectuarase no prazo de quince días.

2. Cando se trate de proxectos de disposicións ou calquera outra información, en ausencia de prazo específico, a remisión deberá facerse en tempo útil para os efectos do cumprimento desa obriga".

Derogada integralmente a Lei 30/1992 pola Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, o procedemento de comunicación a través da administración estatal segue en vigor cando así o estableza a normativa sectorial aplicable, entre a que cabe destacar o Real decreto 1755/1987, do 23 de decembro, polo que se regula o procedemento de comunicación á Comisión das Comunidades Europeas dos proxectos das administracións ou entes públicos que se propoñan establecer, conceder ou modificar axudas internas.

Esta norma establece un procedemento para facilitar o cumprimento da obriga de comunicación previa das axudas públicas ás Comunidades Europeas nos supostos nos que así o establecía o Tratado de Roma nos seus artigos 92 e 93. O procedemento responde á proliferación de órganos públicos con competencia para a concesión de beneficios económicos, e ante as esixencias de tomar en consideración a posible acumulación de axudas públicas concedidas a unha mesma actividade ou proxecto económico.

Como é sabido, o incumprimento do requisito de notificación previa reviste especial transcendencia pois a concesión de axudas sen comunicación previa e, polo tanto, sen que a Comisión se pronuncie sobre a compatibilidade destas constitúe unha infracción das obrigas contraídas por España como Estado membro e pode supoñer a obriga de reembolso

das devanditas axudas por parte das empresas beneficiarias, tal como sinalou en diversas ocasións o Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

O procedemento que o real decreto contempla consiste, fundamentalmente, en que as administracións ou entes públicos que se propoñan establecer, conceder ou modificar calquera tipo de axudas que deban ser obxecto de comunicación previa á Comisión Europea, conforme ao Tratado de Funcionamento da Unión Europea, deben enviar os oportunos proxectos ao órgano competente da Administración xeral do Estado coa antelación suficiente (tres meses) para permitir, se é o caso, a entrada en vigor da medida proxectada nas datas previstas. Posteriormente, o Ministerio de Asuntos Exteriores e Cooperación remítelle (no prazo dun mes contado dende a recepción do correspondente proxecto) á comisión os proxectos de axudas examinados.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo y García Morales, María J. *Las relaciones entre comunidades autónomas: problemas y perspectivas*. En Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público, vol. I, pp. 645-672. Barcelona, 2000.
- *El sistema jurídico de las comunidades autónomas*. Tecnos. Madrid, 1985.
- Ministerio de Justicia. "La dimensión constitucional de la colaboración autonómica". En VV. AA. XXVII Jornadas de Estudios: autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro. Ministerio de Justicia. Madrid, 2005.
- Alba Navarro, M. "Los acuerdos de cooperación entre las comunidades autónomas y las Cortes Generales", en J. M. Vera Santos, coord. *Senado como Cámara de representación territorial y las función de los Parlamentos*. Dykinson, Madrid, 1998.
- Alberti Rovira, E. "Técnicas jurídicas y relaciones de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas y de éstas entre sí", en AA. VV. *Técnica normativa de las comunidades autónomas*. Comunidad de Madrid-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Beltrán Aguirre, Juan Luis. *Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación*. Documentación

Administrativa, núm. 271-272, pp. 207-236. 2005.

- *Relaciones entre las Administraciones públicas*, en VV. AA. "La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", pp. 41-70. Tecnos. Madrid, 1993.
- Calafell Ferrá, Vicente Juan. *Los convenios entre comunidades autónomas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.
- Cano Bueso, J. *Comunidades autónomas e instrumentos de cooperación internacional*. Tecnos. Madrid, 1990.
- Fernández Montalvo, R. *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Marcial Pons. Madrid, 2000.
- González García, Ignacio. "Un distingo constitucionalmente relevante: convenios de colaboración vs. acuerdos de cooperación entre comunidades autónomas". *Revista de Estudios Políticos*, núm. 145 (nueva época), pp. 97-118. 2009.
- Grifo Benedicto, M.^a Amparo. *Las entidades locales y las relaciones interadministrativas*. Iustel. Madrid, 2009.
- Gutiérrez Vicén, C. *La intervención de las Cortes Generales en la celebración de convenios entre comunidades autónomas: la aparición de nuevos problemas*. Corts. Anuario de Derecho Parlamentario 9. 2000.
- López Aguilar, F. "Hechos diferenciales y federalismo competitivo". *Revista de Derecho Política UNED*, 48-49. 2000.
- López Rodó, L. "Estado y Comunidades Autónomas". *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Madrid, 1984
- Martín Huerta, P. *Los convenios interadministrativos*. INAP. Madrid, 2000.
- Martín Rebollo, I. "Las nuevas formas de administración autónoma y las empresas públicas en las relaciones de colaboración entre comunidades autónomas", en AA. VV. *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 1993.
- Menéndez Rexach, A. "La cooperación: ¿un concepto jurídico?" *Documentación*

Administrativa, núm. 240, octubre-diciembre, 1994.

- Muñoz Machado, S. "Derecho público de las comunidades autónomas". Civitas. Madrid, 1982.
- Navarro Munuera, A. "Las relaciones interautonómicas de colaboración: mecanismos y posibilidades de articulación orgánica". *Revista de Administración Pública*, núm. 120, 1989.
- Pallarés Serrano, Anna. "El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y colaboración y relación con el concepto de integración". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, pp. 485-515. 2006
- Parejo Alfonso, Luciano. "Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas". *Revista de Administración Pública*, núm. 174, pp. 161-191. Madrid.
- Pérez Calvo, Alberto. "Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 235. INAP. Madrid, 1987.
- Rodríguez Arana, J. e García Mexía, P. *Curso de Derecho público de las comunidades autónomas*. Montecorvo e INA. Madrid, 2003.
- Rodríguez Santiago, J. M. *Los convenios entre las Administraciones públicas*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- Ruiz Robledo, A. "Sobre la naturaleza jurídica de los convenios entre las comunidades autónomas²", en A. Monreal, ed. *El estado de las autonomías*. Tecnos. Madrid, 1991.
- Santolaya Machetti, P. *Descentralización y cooperación*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1984.
- Tajadura Tejada, J. *El principio de cooperación en el Estado autonómico*. Comares. Granada, 2000.
- VV. AA. *Desarrollo del principio de colaboración en el estado de las autonomías*. VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Sevilla, 2004.

TEMA 1

AS FONTES DO DEREITO: TEORÍA XERAL E REGULACIÓN NO CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DO SISTEMA DE FONTES: PRINCIPIOS DE XERARQUÍA E COMPETENCIA

TEMA 1. AS FONTES DO DEREITO: TEORÍA XERAL E REGULACIÓN NO CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DO SISTEMA DE FONTES: PRINCIPIOS DE XERARQUÍA E COMPETENCIA

1. AS FONTES DO DEREITO: TEORÍA XERAL E REGULACIÓN NO CÓDIGO CIVIL

1.1. O CONCEPTO DE «FONTES DO DEREITO»

A noción de **fontes do dereito** é un dos conceptos primarios que debe coñecer calquera que se achega ao fenómeno xurídico. O obxecto deste concepto, de carácter metafórico, é a **creación das normas xurídicas**. A través da teoría das fontes determínase tanto o suxeito que crea as normas como o xeito en que se produce a súa creación. Trátase dunha noción que posúe varias acepcións, de entre as cales as máis transcendentales son as dúas que se exporán a continuación:

1º Fontes do dereito en sentido material. Con este nome son coñecidos todos aqueles suxeitos, organismos, instancias ou realidades que teñen o poder de crear normas xurídicas. Calquera que teña o poder de crear normas de dereito é fonte deste. Así, podemos dicir que o Estado, en canto ten poder para crear normas xurídicas, é fonte de dereito.

Agora ben, debe quedar claro que non só o Estado é fonte do dereito no sentido que analizamos. En efecto, as normas xurídicas, para ser consideradas como tales, deben ser asumidas polo Estado. Unha norma só se converte en norma xurídica cando o Estado a considera como tal, outorgándolle a nota da coactividade (que supón que o propio Estado asume a súa imposición forzosa en caso de que non se produza o cumprimento voluntario da norma por parte de calquera dos seus destinatarios). Non obstante, isto non significa que todas as normas xurídicas proveñan ou fosen creadas polo Estado. Existen outras instancias ou realidades que tamén son capaces de crear normas xurídicas, e que, xa que logo, tamén son fontes materiais do dereito. Por exemplo, os grupos sociais son, así mesmo, fonte material do dereito desde o momento en que tamén teñen o poder de crear normas xurídicas: os costumes.

2º Fontes do dereito en sentido formal. Con este nome coñécense todos aqueles medios ou maneiras de establecer as normas xurídicas. Son as distintas formas

que adoptan as normas xurídicas cando son creadas polos distintos suxeitos ou instancias que teñen poder para crealas. Así, podemos dicir que a lei, en canto é o modo ou xeito no que se establecen normas ditadas polo Estado, é fonte do dereito en sentido formal. Da mesma forma, o costume é fonte do dereito en sentido formal, debido a que é o modo en que os grupos sociais crean normas xurídicas.

Ao longo dos parágrafos que seguen, explicitaremos en cada momento se estamos a falar de fontes materiais ou formais; pero é conveniente precisar que, na meirande parte das ocasións, coa expresión fontes do dereito alúdese ás fontes formais. Bo exemplo diso é o propio Código civil, que define as fontes formais do dereito español no seu artigo 1º.1: *"As fontes do ordenamento xurídico español son a lei, o costume e os principios xerais do dereito"*.

1.2. AS FONTES DO ORDENAMENTO XURÍDICO ESPAÑOL (DEREITO INTERNO)

No dereito español, a regulación das fontes do dereito contívose tradicionalmente no Código civil. Mesmo na actualidade, malia a enorme transcendencia da regulación constitucional no que se refire ao sistema de fontes do dereito, o precepto de referencia nesta materia segue a estar no artigo 1º do Código civil. Este artigo do Código civil, que transcribimos ao final do punto anterior, dispón non só unha listaxe de fontes formais do dereito, senón tamén unha ordenación xerárquica destas: 1º a lei, 2º o costume e 3º os principios xerais do dereito. Por outra banda, dado que cada unha das fontes materiais do dereito ten tamén unha forma ou xeito peculiar de crear normas xurídicas, a clasificación xerárquica do Código afecta igualmente ás fontes materiais: 1º o Estado (que é quen dita as leis); 2º os grupos sociais (que son os que crean os costumes). Neste apartado, ocuparémonos de desenvolver esta ordenación xerárquica das fontes do dereito español, aínda que a cuestión da transcendencia que posúe o feito de que unha norma teña un ou outro rango xerárquico tratarémola na epígrafe seguinte.

1.2.1. A LEI. Xa se dixo que o Estado é quen determina (precisamente mediante o establecemento do sistema de fontes) que normas forman parte do dereito e cales non —á marxe de quen as crease—. Ademais desa función, o Estado tamén realiza unha intensísima tarefa de creación de normas xurídicas, converténdose nunha fonte material do dereito dunha transcendencia incomparable coas demais. As normas que crea o Estado

reciben en xeral o nome de leis. Calquera norma creada por un órgano estatal (as Cortes Xerais, o Parlamento galego, o Goberno, a Xunta, un ministerio, etc.) é unha lei. A lei é a fonte de dereito máis importante e, por conseguinte, ocupa o primeiro lugar na pirámide normativa. **As leis**, fronte ás demais fontes do dereito, caracterízanse por seren sempre normas escritas, elaboradas a través dun procedemento formal regulado por outras normas xurídicas e dotadas de abstracción e xeneralidade. Para a súa validez, as leis deben reunir os requisitos de lexitimidade exixidos para cada unha delas: deben ser elaborados por un órgano do Estado con poder para producir o tipo de lei de que se trate e estar dotada dun contido respectuoso coa xerarquía normativa, así como reunir as condicións formais exixidas polo seu procedemento de elaboración. A publicación é un requisito esencial de todas as leis. A publicación farase necesariamente no boletín oficial que corresponda de forma íntegra (no BOE as estatais, e no boletín que dispoña o Estatuto de autonomía no caso das CCAA). Salvo que a propia lei dispoña outra cousa, as leis entrarán en vigor aos vinte días da súa publicación no BOE (ou do diario oficial da comunidade autónoma correspondente no caso das leis autonómicas). Dentro das leis, cómpre distinguir varios tipos ou clases. Igual que ocorre coas fontes do dereito en xeral, estes tipos ou clases tamén se atopan ordenados xerarquicamente.

1º A Constitución: é a norma suprema do ordenamento xurídico, fundamento da propia existencia e lexitimidade do Estado (art. 1 CE). Realmente non se trata dunha lei, pois máis que ser creada polo Estado é ela a que lle dá forma e xustificación a este. A Constitución, neste sentido, é a fonte das fontes do dereito, pois todas, o mesmo que o Estado, atopan nela a súa lexitimidade e xustificación. Non obstante, nas exposicións que seguen a orde do CC adóitase incluír a Constitución na referencia á lei, a falta doutro lugar mellor no que colocala.

2º Os tratados internacionais son o resultado dun acordo entre dous ou máis Estados. A súa inserción no ordenamento xurídico español exige que fose ratificado polo Estado español. A Constitución establece que os *"Tratados internacionais validamente celebrados, unha vez publicados oficialmente en España, formarán parte do ordenamento interno"*. Iso implica, segundo DÍEZ-PICAZO, que o constituínte asumiu a doutrina previa do Tribunal Supremo que declaraba que os tratados obxecto de ratificación tiñan a categoría de leis internas. Agora ben, como é evidente, a diferenza das leis, a disposicións dun tratado

internacional *"só poderán ser derogadas, modificadas ou suspendidas na forma prevista nos propios tratados ou de acordo coas normas xerais do dereito internacional"*.

3º A lei: As leis son as normas xurídicas ditadas polo órgano do Estado que ten **poder legislativo**. (O Estado español, como veremos, está fundado no principio de división de poderes e atribúelles a órganos diferentes o exercicio dos tres poderes do Estado: legislativo, executivo e xudicial). Os órganos que teñen poder legislativo nos modernos estados constitucionais como o español son os parlamentos. No noso Estado, o Parlamento central denomínase **Cortes Xerais**, e están compostas polo Congreso dos Deputados e o Senado. No Estado español tamén posúen poder legislativo **parlamentos autonómicos** con poder para ditar leis nas súas respectivas comunidades autónomas. As relacións entre as leis ditadas polas Cortes e as emanadas dos parlamentos das comunidades autónomas artículanse en torno ao principio de competencia.

A lei é a fonte do dereito máis importante tras a Constitución. Mediante a lei pódese regular calquera materia ou cuestión. De feito, en principio, a división de poderes significa que a regulación normativa da realidade, con carácter xeral e abstracto, lle corresponde ao poder legislativo a través das leis. Certo é que existen outras normas xurídicas ditadas polo poder executivo, pero estas normas —os regulamentos— están subordinadas á lei e só se xustifican na medida en que constitúan un desenvolvemento de normas con rango de lei. Ademais, hai determinadas materias que só poden regularse por lei, ou mediante un determinado tipo de lei en particular. Esta situación, que impide a regulación mediante regulamentos dunha determinada materia xurídica, denomínase reserva de lei —ou, por exemplo, reserva de lei orgánica, se se trata dunha materia reservada só a este tipo de norma con rango de lei.

Dentro das leis, cómpre distinguir dous tipos fundamentais [limitándonos a partir de agora, soamente ás leis ditadas polas Cortes Xerais]: a) As **leis orgánicas (art. 81 CE)**: Estas leis serven para desenvolver os órganos do Estado contidos na Constitución (de aí o seu nome), e os dereitos fundamentais dos cidadáns recoñecidos nela. Debido á importancia dos asuntos que regulan, só poden ser aprobadas pola maioría absoluta dos membros do Congreso dos Deputados (non do Senado). b) As **leis ordinarias**, as cales serven para calquera outra materia, constitucional ou non, que queiran regular os

membros das Cortes Xerais. Para aprobar estas leis ordinarias, é suficiente coa maioría simple dos membros das Cortes Xerais (primeiro do Congreso e despois do Senado).

Por último, teñen tamén rango ou valor de lei (e, por conseguinte, ocupan o seu mesmo lugar na pirámide normativa) certas disposicións que non foron elaboradas, nin ditadas polo Parlamento, senón polo Goberno. Trátase de disposicións que só poden ser aprobadas de forma moi excepcional (pois o Goberno non ten poder lexislativo).

A primeira delas denomínase **decreto-lei (art. 86 CE)**. A súa finalidade é a de servir para ditar normas con rango de lei sobre un asunto que as requira *con extraordinaria e urxente necesidade*. Permíteselle ao Goberno, só en tales casos, ditar un decreto-lei rapidamente co fin de evitar os atrasos, debates e negociacións que leva consigo necesariamente a tramitación parlamentaria dunha lei. De calquera modo, o decreto-lei non se pode usar para regular certas materias especialmente perigosas para os cidadáns ou o sistema político (como os dereitos fundamentais dos cidadáns ou o procedemento electoral), e sempre debe ser ratificado co tempo polo Congreso dos Deputados.

A segunda fonte con rango de lei emanada do Goberno é o **decreto lexislativo (arts. 82 a 85 CE)**. Neste caso, é o propio Parlamento (as Cortes Xerais ou o Parlamento autonómico —cando esta posibilidade se considerase no estatuto, como sucede co Estatuto de autonomía de Galicia, art. 10.1.a—) o que lle encarga ao Goberno correspondente que dite a norma con rango de lei debido a certos motivos concretos (o Parlamento **delega** a elaboración da lei no Goberno por eses motivos). Estes motivos son, ben a extraordinaria dificultade da redacción técnica dunha determinada lei, ou ben a existencia previa dun conxunto de leis sobre a mesma materia, contraditorias, reiterativas e confusas que é preciso reunir nunha soa lei coherente. No primeiro caso, aprobarase unha lei de bases, na que se conterán os criterios esenciais que deberá seguir o executivo ao elaborar a lexislación delegada (así, aprobouse, naturalmente noutro contexto constitucional distinto, o Código civil). No segundo caso será aprobada polo Parlamento unha lei ordinaria na que se sinalará o ámbito e prazo da harmonización encargada. A razón última da lexislación delegada radica en que o Goberno é máis apto que o Parlamento para resolver estas dificultades meramente técnicas, debido á súa maior

facilidade para acudir a organismos ou comités técnicos de expertos que o asesoren no seu labor. Unha vez que o Goberno remata a súa tarefa, esta é controlada polo Parlamento, o cal debe comprobar se o Goberno se excede ou non no encargo que se lle confiou.

4º Os regulamentos: Os regulamentos son as normas xurídicas ditadas polo **poder executivo**. O poder executivo confórmano todos os organismos e institucións que forman parte da **Administración pública**. Posúen a potestade de ditar regulamentos tanto a Administración xeral do Estado (á cabeza da cal está o Goberno, art. 98 CE) como as administracións autonómicas e as administracións locais.

Os regulamentos son normas sempre subordinadas ás leis, calquera que estas sexan; leis que, polo tanto, non poden contradicir nin violentar en ningún caso. No ordenamento xurídico español están prohibidos os chamados regulamentos independentes, isto é, regulamentos que regulan unha materia non regulamentada previamente a través dunha lei, e sen a habilitación previa dunha lei para facelo. Unicamente é viable un regulamento independente no ámbito da chamada potestade doméstica da administración, é dicir, cando se trata de regular só materias organizativas ou domésticas da propia Administración, e sempre e cando non queden afectados en ningún caso os dereitos dos administrados.

Iso é así porque a finalidade do regulamento é desenvolver as normas contidas nas leis, precisando e concretando a regulación da realidade que aquelas efectúan. As leis son normas, na maioría dos casos, moi xerais e abstractas, que necesitan en moitos aspectos ser desenvolvidas. Este desenvolvemento é realizado polo poder do Estado encargado, precisamente, de executar as leis (de levar a cabo o programa que nelas se deseña): o poder executivo. En moitas ocasións son as propias leis as que se remiten expresamente aos regulamentos para que regulen certas cuestións administrativas ou de detalle.

Existen distintos tipos ou clases de regulamentos, que se ordenan (tamén) xerarquicamente en función do órgano que os dita. O máis importante dos regulamentos é o **real decreto**, que elabora o Goberno; e o segundo en importancia é a **orde ministerial**, que dita un ministro do Goberno. En Galicia o equivalente destes dous regulamentos son os decretos da Xunta e as ordes das consellerías. Ademais destes dous,

existen moitos outros que reciben distintos nomes: regulamentación, bando, circular..., e que corresponden á infinidade de órganos que compoñen a Administración pública.

1.2.2. O COSTUME.- O costume é o modo de crear normas xurídicas que ten un determinado grupo social. A norma xurídica creada polo grupo recibe tamén o nome de costume. Podemos definila como **a regra xurídica que crea un grupo social, realizando sempre o mesmo comportamento ante a mesma situación de feito.**

Cando un grupo de individuos determinado (os que viven na parroquia rural X, os empresarios, os avogados, os agricultores de Quiroga, os galegos, os navarros, os habitantes da Coruña, ou calquera outro grupo social definido pola súa pertenza a unha determinada zona xeográfica, profesión, etc.), realiza sempre o mesmo comportamento ante a mesma situación, afírmase que o fai por costume. Así pois, o dereito non fai máis que recoñecer como normas xurídicas eses comportamentos reiterados e xerais. Agora ben, non todo costume en sentido coloquial é costume xurídico, senón que para iso cómpre que reúna estas dúas condicións:

- O contido do costume debe estar conformado a través de comportamentos reiterados, uniformes, xeneralizados e constantes.
- Debe ser respectado e cumprido por todos os membros do grupo social de que se trate.
- Debe ser considerado por todos os membros do grupo social como unha regra xuridicamente obrigatoria (*opinio iuris seu necessitatis*). É dicir, como unha regra que debe ser obedecida porque, efectivamente, é obrigatorio (e non voluntario) obedecela.
- Non pode ser contrario á moral, á orde pública, e debe regular unha materia que careza de regulación na lei —costume *praeter legem*— (art. 1.2 CC). O costume é unha norma subordinada á lei e, por conseguinte, non poden existir costumes contrarios á lei (*contra legem*). Porén, iso non é óbice para que un costume que desenvolva, precise ou interprete unha lei non teña operatividade ningunha. Pola contra, estes costumes, chamados *secundum legem*, son aqueles aos que se refire o artigo 2.2 da Lei de dereito civil de Galicia (en diante LDCG) aprobada pola Lei 2/2006, do 14 de xuño, modificada parcialmente pola Lei 7/2012, de montes de

Galicia, pola que se ordena que as normas que compoñen o dereito civil de Galicia se interpreten e integren desde os seus usos e costumes.

Se reúne estes requisitos, o costume convértese na fonte dunha norma xurídica que vincula todos os membros do grupo social que a creou. Se algún deles non a segue, estará a actuar en contra do dereito e, por conseguinte, poderá ser demandado ante os tribunais. Agora ben, para facer valer un costume ante os tribunais, cómpre **probar** a súa existencia por parte do cidadán a quen lle interese alegalo nun proceso (art. 1.2 CC).

En efecto, a diferenza do que sucede coas normas contidas nas leis ou nos principios xerais, con relación ás que xoga a máxima *iura novit curia*, e que, polo tanto, non precisan ser alegadas e probadas polas partes do proceso para a súa aplicación, os costumes deben resultar probados durante o proceso xudicial para que o xulgador os aplique ao suposto obxecto da súa decisión. Este requisito da proba do costume é exixido expresamente polo art. 1.3 do CC en relación co dereito civil estatal e, *a contrario*, polo art. 2.1 da LDCG no marco do dereito civil de Galicia. Así pois, tanto no Estado español como na comunidade autónoma galega, un costume só se poderá constituír en norma destinada a resolver un determinado conflito en sede xudicial no caso de que resulte probado.

De acordo co que se sinalou ata agora, pódese concluír que o costume recibe un tratamento procesual idéntico ao que se lles concede aos feitos que fundamentan as pretensións das partes. Iso non pode sorprenden tendo en conta a xénese e o modo de ser do costume, que nace e sobrevive como feito reiterado polo grupo social que o crea, e que tal feito reiterado dificilmente será accesible a persoas, como o xulgador, alleas a ese grupo social. Non obstante, o costume é unha norma e, polo tanto, é dereito.

Esta natureza dual feito-dereito, propia do costume, é a que se atopa na xénese da norma sobre costumes notorios. Se o xulgador sabe obxectivamente que existe e é aplicable ao litixio do que está a coñecer un costume, pola súa notoriedade ou coñecemento público, no dereito civil de Galicia dispónse expresamente que este debe utilizalo como norma coa que solucionar o asunto sometido á súa xurisdición. Pola contra, se o coñecemento do xulgador do costume se debe a circunstancias distintas da súa notoriedade, entón non debe aplicalo. Ademais, dispónse expresamente que son notorios

os costumes «compilados» e os aplicados polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ou a antiga Audiencia Territorial de Galicia (art. 2º LDCG).

O costume é unha fonte do dereito de importancia secundaria, pero iso non pode facernos crer que careza de toda transcendencia. Pola contra, existen actividades e sectores económicos ou sociais nos que o costume adquire unha importancia moi especial. Así sucede no caso das relacións entre fondos dedicados a explotacións agrícolas e o seu uso, onde moitas das cuestións que máis lles interesan aos titulares de explotacións están rexidas por costumes: distancias entre plantacións, modos de aproveitamento dos terreos, etc. Igualmente, o costume posúe unha importancia crucial no ámbito dos negocios, especialmente no tráfico internacional, no que a ausencia de Estado conduciu á formación dun rico grupo de costumes e usos mercantís transnacionais, polo que se senten vinculados os empresarios de calquera país nas súas relacións comerciais.

1.2.3. OS PRINCIPIOS XERAIS DO DEREITO. A terceira e última fonte do ordenamento xurídico español contida na relación do CC son os principios xerais do dereito. Os principios xerais do dereito poden definirse como as normas xurídicas básicas e comúns respecto das singulares normas que compoñen o ordenamento xurídico. Iso deriva do feito de que sexan:

- Principios, isto é, a raíz, o fundamento, a orixe ou a base de algo. Trátase de normas de carácter básico ou fundamental.
- Xerais, o que significa que teñen unha proxección universal ou común respecto da realidade á que se refiren.
- Do dereito, o que implica que a realidade da que son base e respecto da que teñen esa proxección xeral é o dereito.

Os principios xerais do dereito e a súa existencia e virtualidade explicáronse desde distintos puntos de vista:

a) A primeira posición que debemos analizar é a positivista. Para ela, os principios non serían máis que máximas extraídas por vía de abstracción das singulares normas que poboan o ordenamento xurídico. Por exemplo, un principio xeral do dereito extraído de todo o ordenamento xurídico sería a regra *pacta sunt servanda* (os pactos deben ser

respectados). Esta regra nacería a partir dun nutrido grupo de normas concretas que obrigan os suxeitos que concertan un pacto a suxeitarse ao seu contido (as regras concretas que establecen que os contratos, os matrimonios, os tratados internacionais, os convenios urbanísticos, etc., deben ser respectados polos que os celebran, asinan, contraen, etc.). E o mesmo se podería dicir, desde esta posición, dun principio xeral dun só sector do ordenamento como o principio *pro operario* que preside o dereito laboral. De conformidade con este, todas as normas de dereito laboral deben interpretarse de xeito favorable ou favorecedor dos intereses do traballador. O principio extraeríase de todas aquelas normas de dereito do traballo que se introduciron para limitar os poderes que posúe o empresario como parte forte da relación laboral.

b) Unha segunda posición que cómpre analizar é a que conecta estes principios ben co dereito natural (posición iusnaturalista), ben coas conviccións xurídicas básicas da sociedade (posición sociolóxica). Ambas as dúas enfróntanse á positivista argumentando que, con ela, os principios non achegan nada, son simples epítomes ou resumos do establecido noutras normas, e non poden ter, xa que logo, a virtualidade de fontes autónomas do dereito que lles concede o art. 1.4 CC no que atoparían a súa raíz última, e que os distinguiría. Para a posición iusnaturalista, os principios terían a súa orixe no dereito natural, e para a sociolóxica na conciencia social da comunidade, nas conviccións básicas da sociedade acerca do que é xusto e inxusto. Estas dúas posicións, en calquera caso, non negan a existencia de principios no sentido defendido polo positivismo; estes terían o seu valor técnico en canto servirían como instrumento para interpretar correctamente as normas e posibilitar a súa aplicación analóxica, pero os verdadeiros principios xerais do dereito, para ambas as dúas, teñen que ter unha orixe e un fundamento distinto das propias normas que compoñen a lei e o costume.

A misión dos principios xerais do dereito no noso ordenamento é dobre:

1º Función supletoria: Os principios enchen os baleiros ou lagoas normativas existentes no ordenamento xurídico, cando a lei e o costume non dan resposta a un problema ou cuestión que debe ser resolto, coas solucións extraídas destes. Neste sentido, os principios son os que permiten afirmar que o ordenamento xurídico é completo, é dicir, que todos os conflitos que poidan xurdir na realidade atopan a súa solución no dereito. Se

a lei ou o costume non conteñen a resposta xurídica que se require, entón é preciso atopar a solución nos principios. Por esta razón, o art. 1.7 do CC pode establecer a clásica regra do *non liquet* que: *"os xuíces e tribunais teñen o deber inescusable de resolver en todo caso os asuntos que coñezan conforme o sistema de fontes establecido"*.

2º Función interpretativa: Os principios serven para interpretar correctamente as normas xurídicas. O seu valor informador do ordenamento xurídico supón que sempre que se queira desentrañar o significado dunha norma debe conferírselle o significado que sexa máis acorde cos principios. Polo demais, canto máis conectada está a norma cos principios, máis susceptible será dunha interpretación extensiva. Ademais, se unha norma se opón aos principios, debe reputarse dereito excepcional e, por conseguinte, quedará suxeita ás restricións establecidas no art. 4.2 CC.

1.3. AS FONTES DO DEREITO DA UNIÓN EUROPEA: TRATADOS CONSTITUTIVOS, REGULAMENTOS COMUNITARIOS E DIRECTIVAS

O Estado español, desde o ano 1982, pasou a formar parte dunha organización ou entidade supraestatal denominada, na actualidade, **Unión Europea**. Esta organización nacida nos anos 50, marcou como finalidades a **progresiva unión económica e política entre os distintos Estados europeos**. Os medios e poderes que posúe para acadar estes ambiciosos fins converten a UE nunha organización moi distinta das organizacións internacionais clásicas (ONU, UNESCO, Consello de Europa, etc.).

En efecto, a UE, a diferenza das demais organizacións internacionais, exige unha **cesión de soberanía** dos Estados que forman parte dela. Os Estados que ingresan na UE cédennlle parte do seu poder soberano de autodecisión á Unión. Desde que un Estado ingresa na UE, xa non pode decidir, por exemplo, sobre política monetaria (a fixación do tipo de interese, *v. gr.*, realízaa o Banco Central Europeo), nin sobre política agrícola (a repartición de cotas de produción realízaa a UE), nin sobre o establecemento de alfándegas nas fronteiras, nin sobre circulación de capitais, mercadorías e traballadores comunitarios, e mesmo algúns non poden acuñar moeda propia (os que adoptaron o euro como tal), etc. Respecto de todos estes ámbitos de poder decisorio que o Estado cede, a UE ten a partir da integración **a facultade de ditar normas xurídicas** para todos os Estados que a conforman, converténdose, así, en fonte do dereito en sentido material. O

dereito comunitario divídese en dous grandes grupos normativos: o dereito orixinario e o dereito derivado:

O **dereito orixinario** é o dereito supremo da Unión Europea, e prevalece sobre calquera outra fonte de dereito nacional ou comunitaria. O dereito primario inclúe esencialmente os Tratados fundacionais da UE e as súas modificacións, incluídos os tratados de adhesión dos distintos Estados que se foron incorporando á UE. Estes tratados conteñen as normas formais e materiais que enmarcan a aplicación das políticas das institucións europeas. Tamén determinan a repartición de competencias entre a Unión e os Estados membros, así como a organización do poder das institucións comunitarias e a súa actuación. Os dous máis transcendentales na actualidade son o Tratado da Unión Europea (TUE) —Tratado de Maastricht de 1992—, e o Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE) —que substituíu o Tratado de Roma de 1957, polo que se creou a CEE— e que foi obxecto de diversas modificacións, a última das cales estivo vixente ata o 1 de xaneiro de 2013, data de entrada en vigor da Decisión do Consello Europeo do 25 de marzo de 2011, que modifica o artigo 136 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea en relación cun mecanismo de estabilidade para os Estados membros cuxa moeda é o euro.

O **dereito derivado** é o dereito creado polas institucións da UE en virtude do poder normativo contido nos tratados que conforman o dereito orixinario. Todo o dereito derivado é o desenvolvemento e a execución dos principios e fins da UE, tal e como se definen nas súas normas constitutivas. As fontes formais, ou modos nos que se manifesta o poder de ditar normas da UE, máis importantes son: o regulamento comunitario e a directiva.

- O regulamento comunitario (que non debe confundirse co tipo de lei chamada regulamento da pregunta anterior): É a fonte do dereito derivado máis importante da UE. O regulamento comunitario obriga directamente todos os Estados e todos os cidadáns da Unión a cumprir o que nel se dispuxese. Os regulamentos comunitarios en virtude do principio de primacía son superiores xerarquicamente a calquera norma estatal, do rango que sexa.

- A directiva: As normas que se aproban mediante unha directiva obrigan unicamente os Estados membros da Unión a modificar a súa lexislación interna para

incorporar nela os contidos exixidos pola directiva. Os cidadáns, en principio, non están vinculados pola directiva. Só cando o Estado membro incorporase as normas da directiva ás súas leis internas comezarán estas a obrigar o cidadán. Trátase dun instrumento co que se pretende aproximar as lexislacións dos distintos Estados membros, pero permitindo cada un deles acomodar as normas ás peculiaridades do seu sistema xurídico. A directiva vincula os Estados membros destinados en canto ao resultado a alcanzar, pero déixalles ás instancias nacionais a competencia en canto á forma e aos medios. En todo caso, se o Estado deixa transcorrer o prazo concedido pola Directiva para a súa transposición, a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea determinou que, en caso de que lles conceda dereitos precisos aos particulares fronte ao Estado, estes poderán invocalos aínda que non se producise a transposición (efecto directo vertical da directiva). Non obstante, non poderán invocarse dereitos concedidos por unha directiva non trasposta nas relacións entre particulares (ausencia de efecto directo vertical da directiva). En caso de que o dereito invocado fronte ao Estado sexa de imposible realización, os tribunais nacionais poderán condenar o Estado a aboarlle unha indemnización de danos e perdas ao cidadán invocante.

1.4. A XURISPRUDENCIA E A SÚA FUNCIÓN

En sentido amplo, chámase **xurisprudencia á doutrina contida nas resolucións dos tribunais e xulgados**. Nas súas resolucións (sentenzas e autos), os xuíces aplican as normas xurídicas abstractas ao caso concreto que se somete á súa decisión. Todos os matices, significados e posibilidades interpretativas desas normas en relación cos distintos supostos da vida real póñense de manifesto, por parte dos tribunais, nos razoamentos que efectúan nas súas resolucións. Ademais, coñecer as resolucións que ditan os xuíces é o mesmo que coñecer **a interpretación**, a forma de entender as normas que teñen os órganos do poder xudicial.

Sobre a base do dito, faise evidente a enorme importancia que ten a xurisprudencia para os prácticos do dereito. En efecto, ao ser a xurisprudencia o modo de entender as normas do ordenamento por parte dos órganos (xuíces e tribunais) aos que lles corresponde administrar xustiza, todos os que pretendan obter unha resolución favorable tratarán de actuar, negociar e, finalmente, presentar os asuntos ante os xuíces do modo

que estes cualificaron anteriormente como correcto e acorde a dereito.

Non obstante, existe outro concepto máis restritivo de xurisprudencia. **En sentido estrito a xurisprudencia é só a doutrina que, de modo reiterado, estableza o Tribunal Supremo ao interpretar e aplicar as fontes do dereito.** É dicir, para que haxa xurisprudencia sobre un asunto, cómpre que existan dúas sentenzas do Tribunal Supremo que con anterioridade xa o resolvesen de idéntico xeito. Esta xurisprudencia, en sentido estrito, establece que *"complementará o ordenamento xurídico"* (art. 1.6 CC).

Desde hai moito tempo, véñse discutindo se a xurisprudencia en sentido estrito é ou non fonte do dereito. Se así o fose, as sentenzas conterían normas xurídicas e, polo tanto, vincularían todos os cidadáns e poderes públicos. Se, pola contra, non o fose, as decisións do Tribunal Supremo só lles afectarían aos participantes no xuízo concreto que se resolvese pola sentenza. Tradicionalmente, entendeuse que a xurisprudencia do Tribunal Supremo, malia o seu transcendental valor práctico e á súa autoridade e prestixio (pois é o órgano xerarquicamente máis importante do poder xudicial ordinario), non é fonte do dereito e non ten forza vinculante para os demais tribunais e xulgados. Non obstante, nos últimos tempos, está comezando a abrir paso unha corrente favorable á consideración da xurisprudencia como fonte do dereito. Esta corrente xa se plasmou nalguna norma legal (a Lei da xurisdición contencioso-administrativa), que, por agora excepcionalmente, lles ordena a todos os xuíces e tribunais suxeitarse ao establecido polo Tribunal Supremo nas súas sentenzas anteriores.

1.5. OUTRAS POSIBLES FONTES DO DEREITO

É usual nas exposicións do sistema de fontes facer alusión a algunhas outras posibles fontes formais ou materiais distintas das enunciadas ata agora para debater acerca da súa condición de tales. Neste sentido, é habitual facer referencia á doutrina científica, conformada pola opinión dos xurisconsultos dada a coñecer a través das publicacións científicas de prestixio, para inmediatamente negar a súa condición de fonte do dereito resaltando a súa importancia práctica e a súa transcendencia para a evolución progresiva do sistema xurídico. Igualmente, é frecuente formular a posibilidade de que a autonomía privada, e algún dos negocios xurídicos aos que dá lugar (o contrato, o testamento, etc.), poidan ser fontes do dereito. Igual que no caso anterior, iso faise para

inmediatamente pór de manifesto que estas manifestacións do poder de autorregulación dos particulares só son vinculantes para os suxeitos que participaron na súa creación e para os seus habentes-causa, polo que carecen de carácter verdadeiramente normativo. Dentro desta categoría das normas nadas da autonomía privada, no entanto, certo número de autores recoñécenlles o carácter de fonte de dereito aos convenios froito da negociación laboral colectiva. Estes convenios, segundo DÍEZ-PICAZO, son normas xurídicas independentes, cuxa forza vinculante emana da propia Constitución.

2. ARTICULACIÓN DO SISTEMA DE FONTES: PRINCIPIOS DE XERARQUÍA E DE COMPETENCIA

Ata o momento limitámonos a relacionar as distintas fontes formais do ordenamento xurídico, ordenándoas segundo a súa importancia. Non obstante, o dereito non é simplemente un aglomerado de normas xurídicas xustapostas, máis ou menos transcendentales. Cada norma, pola contra, constitúe unha peza dun sistema normativo, isto é, un conxunto de elementos (as normas) ordenado de acordo con distintos criterios, que lle permiten a calquera operador atopar a peza (a norma) destinada a ser aplicada para resolver o problema que necesita. Neste punto describiremos os distintos criterios de ordenación e relación entre as normas que permiten considerar o ordenamento xurídico como un sistema normativo.

2.1. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA

Dado que cómpre seguir algunha pauta para expor as fontes, xa na epígrafe inicial se expuxeron as que compoñen o ordenamento xurídico español seguindo un criterio de xerarquía ou importancia relativa destas. As máis transcendentales tratáronse en primeiro lugar, tanto ao expor as fontes do dereito interno, como as que forman parte do ordenamento español en virtude da integración do Estado na UE. Evidénciase así que existe unha relación xerárquica entre as fontes do dereito, e que o ordenamento xurídico é un sistema xerárquico. Un sistema, en definitiva, no que unhas normas teñen maior valor e rango que outras. De aí que con gran frecuencia se represente o ordenamento xurídico como unha pirámide (a pirámide normativa), na que as normas superiores estarían nos chanzos máis altos desta, mentres que as normas inferiores ocuparían os lugares máis baixos.

A relación xerárquica existente entre as normas, representada na pirámide normativa, ten as seguintes consecuencias:

- As normas de inferior rango só poden entrar a regular unha determinada materia cando non exista unha norma de rango superior que regule a mesma materia (só se usan os costumes cando non existen leis sobre un determinado asunto). Cando unha norma de rango inferior se limita a repetir o establecido nunha de rango superior nunca será aplicada; e, se contradí o establecido pola de rango superior, sucederá o que se explicita a continuación.

- Todas as normas de rango inferior deben respectar e non contradicir as normas de rango superior (o costume non pode contradicir o establecido nas leis). Calquera norma inferior que contradiga ou se desvíe do disposto por unha de rango superior será expulsada do ordenamento por contrariar o principio de xerarquía. Así pois, no ordenamento español non poden subsistir nin as leis inconstitucionais (que vulneran a Constitución), nin os regulamentos ilegais (por vulnerar a lei), nin os costumes *contra legem*, etc.

Unha manifestación do principio de xerarquía, no que se refire ao dereito comunitario, é o denominado **principio de primacía** do dereito europeo. En virtude deste principio, o dereito comunitario imponse a todas as normas que compoñen o dereito interno. Todas as normas xurídicas dos ordenamentos dos Estados membros da UE ceden en caso de conflito entre a norma interna e a comunitaria. Nin sequera a Constitución está a salvo da influencia do principio de primacía. É a consecuencia de que o Estado español lles cedese a súa soberanía á UE nas materias reguladas polo dereito comunitario.

2.2. O PRINCIPIO DE COMPETENCIA

No dereito español o poder para ditar normas non se concede a todos os suxeitos habilitados para iso por igual. Existen certas materias ou sectores de actividade que só poden ser regulados con normas creadas por suxeitos ou órganos concretos e de acordo con procedementos determinados. Así, por exemplo, certas materias só poden ser reguladas polas Cortes Xerais mediante unha lei orgánica, e outras só poden ser reguladas por unha comunidade autónoma ou por un Concello. Este feito dá lugar ao nacemento do chamado principio de competencia, de acordo co cal **cando certas materias se han de**

regular por certo órgano ou suxeito, ou a través dun determinado tipo de norma, ningún outro órgano ou ningún outro tipo de norma pode ser utilizado para iso. Infrinxe, por conseguinte, o principio de competencia unha lei ordinaria que se empregue para regular dereitos fundamentais (reservados á lei orgánica), ou unha lei autonómica que regule as Forzas Armadas (materia reservada ás Cortes Xerais).

En todo caso, aínda que se trata de dúas manifestacións distintas do principio de competencia, adóitase distinguir o tratamento dos problemas referentes á necesidade de utilizar unha determinada norma para regular certa materia da cuestión da distribución de competencias entre os distintos órganos do Estado. Para o primeiro dos problemas, adóitase empregar o termo «reserva», falándose de reserva de lei ou de reserva de lei orgánica para aludir a aquelas situacións en que o sistema xurídico exige que unha determinada materia se regule mediante lei ou mediante lei orgánica (no dereito español non existe a reserva de regulamentos, de maneira que non existen materias regulables só por regulamento e que non poidan ser obxecto de regulación por lei). O segundo dos problemas, referente á distribución de materias entre os distintos niveis en que se divide territorialmente a organización estatal e, polo tanto, entre as fontes formais producidas en cada un destes niveis, adoita ser denominado co termo repartición ou distribución de competencias.

Tanto cando unha materia se reserve para que sexa regulada mediante un tipo concreto de fonte formal (*v. gr.*, cando exista unha reserva de lei —como no art. 53.1 CE— ou de lei orgánica —como no art. 81.1 CE), como cando a regulación dunha cuestión se lle atribúe a un determinado órgano do Estado (*v. gr.*, cando se lle asignase a unha comunidade autónoma competencia exclusiva para regular a materia "*Ordenación do territorio, urbanismo e vivenda*" (art. 148.1.3º CE), a súa regulamentación a través dunha fonte formal distinta ou por un órgano do Estado diverso do previsto infrinxe o principio de competencia e priva de validez a norma empregada para iso. É indiferente que a norma utilizada para regular unha materia con infracción do principio de competencia posúa un rango xerárquico superior á sinalada polo principio de competencia ou á empregada polo órgano do Estado competente. Cando xoga o principio de competencia, o principio de xerarquía queda desprazado por aquel. Só a modificación da norma que estableceu a repartición de competencias ou a reserva de que se trate (ou a promulgación dunha

norma coa virtualidade xerárquica necesaria para derogala ou modificala) podería alterar este efecto. Así, só unha reforma constitucional dos artigos arriba referenciados, ou do estatuto de autonomía no que se asumise a competencia, sería suficiente para permitir a regulación das materias reservadas á lei ou á lei orgánica, ou atribuídas á competencia da comunidade autónoma, por outras fontes formais ou outros órganos do Estado.

2.3. OUTROS CRITERIOS DE RELACIÓN E ORDENACIÓN DAS NORMAS XURÍDICAS

Ademais do principio de xerarquía e do de competencia, existen outra serie de principios ou criterios que tamén serven para a mesma finalidade ordenadora das normas xurídicas. Estes criterios son os seguintes:

1) **Principio de temporalidade.** Dado que as normas xurídicas se suceden unhas a outras no tempo (o Estado e os grupos sociais están continuamente ditando novas normas sobre asuntos e materias que xa estaban reguladas con anterioridade), cómpre establecer un criterio que permita discriminar cal se debe aplicar para resolver un problema concreto. Neste sentido, existe o criterio de que **a norma posterior deroga todas as normas anteriores sobre a mesma materia** (*lex posterior derogat legem anteriorem*). Deste modo, cando existan dúas normas que regulen un mesmo asunto ou materia, a máis recente no tempo será a que se debe aplicar para resolvelo. O principio de temporalidade ou de prioridade temporal soamente xoga cando as normas teñen o mesmo rango xerárquico ou cando a posterior sexa de maior rango xerárquico que a anterior e ambas as dúas fosen ditadas de acordo coas exixencias do principio de competencia.

Debe destacarse, ademais, que a derogación dunha norma por outra posterior nas condicións sinaladas é, en principio, o único xeito en que unha norma xurídica pode perder vixencia. O art. 2.2º do CC establece que as leis só se derogan por outras posteriores e que *"a derogación terá o alcance que expresamente se dispoña e estenderase sempre a todo aquilo no que a lei nova, sobre a mesma materia, sexa incompatible coa anterior"*, precisándose ademais que *"pola simple derogación dunha lei non recobran vixencia as que esta tivese derogado"*. A derogación pódese producir de forma expresa e tamén de xeito tácito. A derogación expresa terá o alcance que a disposición derogatoria estableza. Pola derogación tácita perden vigor todas aquelas disposicións previas que sexan contrarias ou incompatibles coa nova regulación, o cal naturalmente require un esforzo

interpretativo para a súa determinación. Este mesmo esforzo interpretativo requirirase nos casos en que a derogación expresa se efectúa mediante a frecuente expresión de que «Se entenden derogadas por esta todas as disposicións que se opoñan ou sexan incompatibles con ela».

Malia o dito, é posible que algunhas leis perdan vixencia sen ser derogadas cando sexan ditadas expresamente para atender unha determinada situación excepcional e esta xa transcorre (p. ex., unha norma ditada para regulamentar o comportamento cívico durante unha catástrofe humanitaria perde vigor ao rematar a situación prevista pola norma), ou cando se crearon cun prazo expreso de duración polo propio suxeito competente para producir as normas.

2) **Principio de territorialidade.** Dado que o Estado español está dividido en varias circunscricións territoriais dotadas de poder para ditar normas sobre as mesmas materias e asuntos (poderes públicos centrais, comunidades autónomas, concellos, deputacións provinciais, etc.), faise imprescindible determinar con que extensión territorial se aplicarán as normas creadas por cada un destes distintos niveis en que está dividido o poder do Estado. Neste sentido, existe no dereito español o principio lóxico de que **cada norma só se debe aplicar ao territorio sobre o que se estende a potestade do órgano do Estado polo que foi creada**. No caso do costume, o principio de territorialidade indica que este terá un ámbito de aplicación coincidente co do grupo social que o practica e o creou. Así, se unha norma sobre sanidade é ditada por unha institución autonómica galega, ou se un costume é seguido polos cidadáns da bisbarra de Bergantiños, esas normas son aplicables exclusivamente, unha á comunidade autónoma de Galicia, e a outra, aos habitantes da bisbarra de Bergantiños.

3) **Principio de especialidade.** De conformidade con este principio, as normas destinadas á regulación de materias específicas prevalecen sobre as normas destinadas a regular un conxunto máis amplo de supostos (este principio exprésase no coñecido aforismo *lex specialis derogat lege generale*). O principio de especialidade soamente xoga cando as normas teñen o mesmo rango xerárquico ou cando a posterior sexa de maior rango xerárquico que a anterior e ambas as dúas fosen ditadas de acordo coas exixencias do principio de competencia.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Ed. Edisofer, Madrid, 2009 (18ª ed.).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2006 (4ª ed.).

DE CASTRO E BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Ed. Cívitas (ed. facsímile da realizada polo Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952), Madrid, 1984.

DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 2008 (3ª ed.).

DÍEZ-PICAZO, L. E GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, T. I., Ed. Tecnos, Madrid, 2003 (11ª ed.).

LACRUZ BERDEJO, J. L. e outros, *Elementos de Derecho Civil. T. I. Vol. 1º*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010 (6ª ed.).

FERNANDO PEÑA LÓPEZ

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 2

O DEREITO OBXECTIVO. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA E CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E EFICACIA DAS NORMAS XURÍDICAS

TEMA 2. O DEREITO OBXECTIVO. AS NORMAS XURÍDICAS, CARACTERES, ESTRUCTURA E CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E EFICACIA DAS NORMAS XURÍDICAS

1. O DEREITO OBXECTIVO:

1.1. Concepto de «dereito obxectivo»

O dereito obxectivo é o «dereito» entendido como regra do obrar humano ou como regra de conduta, fronte ao «dereito subxectivo» que se identifica cun poder ou cunha facultade atribuída a un determinado suxeito e xuridicamente protexida (*vid.* tema 3).

O dereito obxectivo identifícase, tradicionalmente, co ordenamento xurídico ou conxunto de normas que rexen nunha determinada comunidade xurídica nun momento histórico concreto. Nunha acepción máis moderna e máis técnica, enunciada por Santi Romano, por ordenamento xurídico debe entenderse non soamente o conxunto de normas que rexen unha determinada comunidade xurídica nun momento determinado, senón tamén os órganos que producen esas normas e os órganos que aplican as normas xurídicas producidas. Neste segundo sentido, contéplase o ordenamento xurídico como unha realidade dinámica, xa que se está constantemente elaborando e aplicando.

Tradicionalmente, o dereito obxectivo subdivídese en dúas grandes categorías: o dereito público e o dereito privado.

1.2. A distinción dereito público-dereito privado

O termo «*dereito privado*» utilízase con dous significados diversos: *a)* Como o conxunto de normas xurídicas delimitadas segundo certos criterios, en relación con outras normas pertencentes ao mesmo sistema. *b)* Como a rama da ciencia do dereito que ten como obxecto de estudo aquel conxunto de normas xurídicas. Destes dous significados do termo, nesta sede debe tomarse en consideración o primeiro para buscar o criterio delimitador do conxunto de normas xurídicas integrantes do ordenamento xurídico considerado na súa totalidade que integran aquela parte deste á que, por oposición ao «*dereito público*», denominamos «*dereito privado*».

Malia que a distinción entre o dereito público e o dereito privado foi negada, con diversos fundamentos, por autores como KANT, DUGUIT ou Kelsen, o seu mantemento aparece

xustificado pola transcendencia práctica que presenta e que se manifesta nos principios informadores aplicables a ambos os dous campos normativos, no carácter que teñen as súas normas con respecto á autonomía privada, nos poderes que estas normas outorgan, na forma de xerarse os actos dentro de cada categoría e, por último, na xurisdición competente para coñecer dos conflitos de intereses que xurdan en cada un deses ámbitos normativos.

Admitida a necesidade de manter tal distinción —que, en ningún caso, cuestiona a unidade do ordenamento xurídico—, non obstante, o criterio a utilizar para deslindar os respectivos ámbitos do dereito público e do dereito privado foi, e é, controvertido entre os numerosos autores que se pronunciaron sobre esta cuestión. Seis son os criterios que fundamentalmente se utilizaron para precisar a distinción en cuestión (aínda que xa, no ano 1904, HOLLINGER expuña 104 teorías acerca desta distinción):

1º.- De acordo coa chamada teoría da identidade dos suxeitos, a diferenza establécese en función de se intervén ou non o Estado na relación obxecto de regulación. Este é o criterio de distinción asumido, *v. gr.*, por EISENMANN: «*le droit public régit les rapports de l'État avec les particuliers; le droit privé, les rapports des particuliers entre eux*». Este criterio non responde á realidade posto que a intervención do Estado non implica a aplicación do dereito público, xa que para que isto aconteza cómpre que, ademais, o Estado actúe no exercicio das súas potestades.

2º.- O segundo criterio utilizado ten en conta a posición que ocupan os suxeitos nas relacións reguladas: o dereito público regularía as relacións de subordinación (relacións nas que o Estado actúa nun plano de superioridade), mentres que o dereito privado regularía as relacións que se establecen entre suxeitos situados no mesmo plano (relacións de coordinación).

Este criterio tampouco resulta de recibo, xa que no ámbito do dereito privado tamén existen relacións en que se produce certa subordinación tanto desde un punto de vista formal (*v. gr.*, as que resultan do exercicio dunha potestade no dereito de familia, a que se produce no seo da relación laboral, aqueles supostos en que a Administración actúa pola canle do dereito privado —o feito de que actúe ao servizo do interese público xustifica que apareza nun plano de superioridade—, etc.) como desde unha perspectiva real. Por outra

banda, no ámbito do dereito público existen campos normativos en que non se pode falar de subordinación (*v. gr.*, cando se regula a estrutura e funcionamento das administracións públicas, as relacións propias do dereito internacional público, as relacións entre distintos entes integrantes das administracións públicas, etc.).

3º.- Tratouse de diferenciar o dereito público fronte ao dereito privado sinalando que as normas de dereito público son normas de orixe estatal mentres que as normas de dereito privado derivan do exercicio do principio de autonomía privada. A crítica a esta forma de ver a distinción é doada, posto que é obvio que as normas de dereito privado —agás o costume e, dependendo da concepción que se adopte, os principios xerais do dereito— son normas de orixe estatal, ao tempo que non poden caracterizarse como normas xurídicas os preceptos negociais.

4º.- Tamén se tratou de establecer a diferenza en función da natureza das normas dun e outro ámbito normativo (W. BURCKHARDT): As normas do dereito público serían normas de dereito imperativo ou de *ius Mogens*, fronte ás normas do dereito privado, que serían normas de carácter dispositivo. A crítica novamente preséntase como obvia: malia ser certo que no ámbito propio do dereito público é difícil atopar normas de carácter dispositivo, no dereito privado existe un campo enorme e ata crecente de normas de dereito imperativo (*v. gr.*, as normas relativas á adquisición da personalidade e reguladoras dos estados civís, as normas que establecen os requisitos esenciais dos contratos, os límites á autonomía privada, as normas que fixan os límites de carácter público ao dereito de propiedade e aos demais dereitos reais e, en xeral, as normas integrantes do dereito de familia, as normas que regulan as cotas lexitimarias, a sucesión intestada, os requisitos dos testamentos, etc.).

5º.- Segundo outra teoría, mentres que as normas de dereito público dan lugar a unha procedibilidade de oficio, as normas de dereito privado só xeran unha procedibilidade por instancia de parte. Esta distinción, malia aproximarse máis á realidade que as anteriores, non é exacta xa que existen supostos de procedibilidade por instancia de parte no dereito público —caso, *v. gr.*, dos atentados á honra tipificados como delitos—, sendo a procedibilidade de oficio aceptada tamén no dereito privado, como acontece no caso de apreciación de oficio da nulidade de pleno dereito dos negocios xurídicos contrarios a

normas imperativas ou no ámbito do dereito de consumo, por infracción de dereitos irrenunciabes dos consumidores e usuarios (*ex art. 10 do texto refundido da Lei xeral de defensa de consumidores e usuarios* (en diante TRLXDCU, aprobada polo RD lexislativo 1/2007, do 16 de novembro, e modificado pola Lei 3/2014, do 27 de marzo, de modificación do TRLXDCU).

6º.- A última das teorías que se formularon para delimitar o ámbito do dereito público en relación co do dereito privado centra a distinción nos intereses protexidos, considerando que mentres as normas daquel protexen intereses considerados xerais, as deste protexen intereses privados —«*Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad utilitatem singulorum pertinent*» [D. 1, 1, *De iustitia et iure*, 2 (ULPIANO)]—.

Non obstante, a diferenciación ultimamente enunciada, asumida, entre outros, por A. WEILL, tampouco resulta acertada por varias razóns:

- i) Cando se protexen intereses xerais, estanse a protexer necesariamente, asemade, intereses privados, de igual forma que, ao protexer intereses privados, se protexen intereses de todos os integrantes da comunidade xurídica.
- ii) Desde a chegada do Estado social e democrático de dereito (art. 1.1 da CE), a protección dos intereses privados atopa un límite na protección do interese da comunidade (*v. gr.*, arts. 33.2, 38, 128 da CE e arts. 6.2 e 7.2 do CC).
- iii) As administracións públicas poden actuar a través das canles proporcionadas polo dereito privado, pero aínda nestes supostos terán que perseguir un interese xeral (art. 103.1 da CE). Por outra banda, existen tamén casos nos que os particulares perseguen finalidades de interese público coas súas actuacións (*v. gr.*, constituíndo asociacións que teñan como finalidade un interese xeral).

Posto que parece indubidable que as normas de dereito público e de dereito privado teñen a mesma orixe e a mesma estrutura, a diferenza deberá buscarse na materia que é obxecto de regulación, de acordo co criterio xeneralizado nos tratadistas italianos do dereito administrativo, nos que tivo a súa xénese e seguido hoxe, en xeral, por toda a doutrina italiana (P. TRIMARCHI). De acordo con esta tese, o dereito público sería aquel dereito que regula a organización e o funcionamento do Estado cando o Estado (entendido en sentido amplo, como equivalente ao conxunto das administracións públicas) actúa no

exercicio do seu potestades, no exercicio da súa soberanía (revestido de *imperium*), de forma que constitúen o obxecto da regulación do dereito público: 1º.- A organización da estrutura e funcións do Estado e dos seus órganos; e, 2º.- As relacións que, no exercicio da súa soberanía, o Estado establece con outros entes, tanto públicos como privados.

En consecuencia, de acordo con este criterio, é necesario que concorran as dúas notas seguintes para que se poida cualificar unha relación como de dereito público: 1ª.- Que polo menos un dos suxeitos intervinientes na relación sexa o Estado (en sentido amplo) —condición esta que se presenta como necesaria pero non suficiente—. 2ª.- Que o Estado actúe nesta relación no exercicio das súas potestades, revestido de *imperium*.

Admitida esta distinción, doadamente se comprende que non se pode confundir a actividade do Estado coa actividade regulada polo dereito público. A esencia do Estado de dereito implica que, para que o Estado poida actuar a través do *ius imperium*, é necesaria unha lei *ad hoc* habilitante, de forma que, se esta non existe, o Estado deberá actuar como un particular máis nas relacións xurídicas que estableza. Precisamente, en función de que o Estado teña maior ou menor facilidade para establecer relacións con particulares na actuación da súa soberanía, diferéncianse dous grandes tipos de réximes xurídicos: o modelo francés-continental do «Estado de dereito administrativo» (o sistema de *droit administratif*), no cal a actividade estatal se desenvolve normalmente a través dos actos de soberanía —actos administrativos—; e o modelo inglés do «Estado de dereito común» (*rule of law*), no que a regra xeral é a actuación do Estado a través da canle do dereito privado (o acto paradigmático nestes réximes xurídicos constitúeo o contrato).

Por último, cómpre sinalar que as institucións do dereito privado son comúns aos suxeitos, sexan estatais ou non (a propiedade, o contrato, a responsabilidade civil...) e que o dereito privado opera como dereito común respecto ao dereito público (mentres que o dereito público é dereito privativo do Estado). Pero, malia que a xurisprudencia e a doutrina dominantes admiten que as normas aplicables á acción administrativa proveñen tanto do dereito administrativo especial como do dereito privado, algúns autores —entre outros, AUBRY e LAMARQUE— puxeron en dúbida esta afirmación ao pór de relevo que, no sector de actividade que tradicionalmente se considera rexido polo dereito privado, abundan as regras especiais, posto que, *v. gr.*, a Administración pública non ten liberdade

para elixir os contratistas nos contratos rexidos polo dereito privado, as débedas de natureza privada poden estar garantidas a través de procedementos exorbitantes do dereito común, e nas actividades de servizo público industriais e comerciais impóñense os principios do servizo público. En consecuencia, parece que o dereito privado aplicable á acción administrativa se atopa sempre tinguido pola finalidade de interese xeral que ha de rexer a actividade da Administración e, por esta razón, o dereito privado que rexe a actuación da Administración non é xamais idéntico ao que se aplica ás relacións entre particulares.

Por outra banda, esta afirmación non debe levarnos a descoñecer que existe unha tendencia crecente de invasión do dereito privado por principios procedentes do dereito público que atopa a súa razón xustificadora na configuración do Estado como un «*Estado social e democrático de dereito*» ex art. 1.1 da CE. En definitiva, malia que, como sinala G. ALPA, ao tempo que é preciso recordar a vitalidade da distinción entre o dereito público e o dereito privado, deben advertirse, desde o punto de vista teórico, a presenza de factores unificadores: os principios xerais do dereito e os «*status*», entendidos como representacións poliédricas das situacións en que se atopa a persoa, situada aínda no centro do ordenamento ou da práctica xurídica.

Con frecuencia, un mesmo ámbito material é obxecto de toma en consideración por normas de dereito privado e de dereito público, establecendo unha duplicidade de regulacións que parten da toma en consideración dos intereses privados e públicos que deben ser obxecto de tutela, aínda que existen outras razóns adicionais para xustificar a concorrencia de ambas as dúas técnicas de protección, como son a ineficacia das sancións civís, se se toman en consideración os custos que a súa posta en marcha implica, fronte ás posibles vantaxes que as mesmas representarían para o actor, así como a función de prevención xeral que cumpren, en maior medida, as sancións administrativas que as estritamente privadas.

Paradigmaticamente, as relacións de consumo constitúen un destes ámbitos obxectivos ou materiais —á previsión do xeito de satisfacer intereses privados, en caso de vulneración de dereitos ou intereses lexítimos desta natureza, superponse a tipificación, como ilícito administrativo, da conduta que provocou tal vulneración, resultando así acreedora dunha

sanción de natureza administrativa ou propia do dereito público, ordinariamente en forma de multa—, pero non son o único exemplo desta duplicidade de tutela, que se produce tamén en relación co dereito de propiedade, no ámbito do dereito *antitrust* e, mesmo, *v. gr.*, no ámbito propio das relacións de dereito de familia e, en particular, no que afecta á protección dos menores en situación de desamparo. En todo caso, a premisa da que cómpre partir consiste en que a sanción de nulidade que prevé o art. 6.3 do CC é compatible con sancións doutra natureza e, en particular, as propias das normas de dereito público, como poden ser as penas, as multas administrativas, as prohibicións de contratar, etc. Claro está que afirmar a compatibilidade entre a nulidade e a previsión doutro efecto distinto para o caso de contravención da norma imperativa non aclara nada en relación cos supostos en que a previsión expresa deste efecto distinto leva consigo unha implícita declaración de validez do negocio que contravén aquela, no ámbito xurídico-privado, debendo ser resolta esta cuestión das interpretacións da norma xurídico-pública ou administrativa vulnerada, pois a maior parte desta normas, de carácter convincente, prevén algún tipo de efecto para o caso da súa contravención.

A xurisprudencia emanada da Sala do Civil do TS parece ter abandonado a doutrina consistente en «*vincular a competencia xurisdiccional á natureza substantiva da norma*», e iso porque esta doutrina, que con razón rexeita, agora, o Tribunal Supremo por «antiquada», pero que foi e é empregada polos xuíces e pola doutrina científica en multitude de ámbitos materiais (*v. gr.*, as normas que establecen limitacións ou prohibicións respecto da transmisión dunha vivenda de protección oficial ou dunha oficina de farmacia, ou que un determinado xogo é ilícito no marco dunha CA), dá lugar a unha incoherente e contraditoria concepción do ordenamento xurídico no que unha conduta se considera irrelevante ou permitida, ou ben ilícita e digna de sanción, segundo sexa a orde xurisdiccional á que estea atribuída a competencia para axuizala —desta doutrina xurisprudencial que parece empezar a superarse, constitúen exemplos paradigmáticos os pronunciamentos da SSTS, Civil, do 3 de setembro de 1992 [RX 1992\6882] (e outras posteriores que a seguen, *v. gr.*, as do 14 de outubro de 1992 [RX 1992\7557], e do 4 de maio de 1994 [RX 1994\3562]), que declara a validez da venda dunha VPO por prezo superior ao máximo fixado legalmente, do 26 de abril de 1995 [RX 1995\3257], que non estima nula unha disposición testamentaria que conculca as normas administrativas sobre

a cesión de comisión de negocio de lotaría; a STS do 17 de outubro de 1987 [RX 1987\7293], de acordo coa cal a contravención das normas reguladoras da actividade de farmacia non constitúe causa suficiente para decretar a nulidade dos pactos privados da división de beneficios dun negocio de farmacia herdado; e, máis recentemente, a STS do 17 de xullo de 2008 [RX 2008\5666])—. Razoable parece considerar que o que é ilícito de conformidade cunha norma que forma parte do ordenamento xurídico, sexa este de dereito público ou de dereito privado, é ilícito en todos os sectores dese mesmo ordenamento. Que desa ilicitude deba seguirse ou non a sanción de nulidade de pleno dereito establecida, como sanción xeral en defecto da previsión expresa doutra, polo artigo 6.3 do CC para o negocio que incorre nela, é unha cuestión de interpretación da *ratio* da norma infrinxida pero, *per se*, o feito de que a norma sexa de dereito público ou de dereito privado nin impide nin avala necesariamente a procedencia da sanción de nulidade *ipso iure*.

En efecto, a transcendencia xurídico-privada das normas de dereito público e, en particular das normas de dereito administrativo resultou reforzada en datas recentes grazas a un cambio na doutrina xurisprudencial do TS que merece ser destacado e ponderado, a teor do cal se dotou de eficacia, no ámbito das relacións sometidas ao imperio da autonomía privada, normas cualificadas como de dereito administrativo, de maneira que á sanción desta natureza que prevexan para o suposto de feito que consideran se superpón a posible nulidade do negocio xurídico de contravención, con fundamento na previsión xeral do art. 6.3 do CC, o que redundará na unidade e coherencia do ordenamento xurídico, proscribindo que a ilicitude xurídico-pública ou administrativa se constrinxa a este ámbito, para manter a licitude no ámbito xurídico-privado. En consecuencia, o feito de que a norma administrativa estableza unha sanción administrativa para o caso de contravención desta, gardando silencio sobre a eficacia ou ineficacia dos negocios xurídico-privados, non exclúe este efecto. Deste xeito, é necesario revisar a afirmación doutrinal de que a sanción de nulidade non se reputa aplicable aos supostos de normas administrativas, imperativas ou prohibitivas (normas de *ius cogens*), que se argumentaba con cita de diversas sentenzas da Sala do Civil do TS, por estar prevista para estes casos unha sanción diversa. A doutrina xurisprudencial a que se alude non precisa, non obstante, ningún requisito en relación co rango normativo da norma administrativa infrinxida, ben que en todos os casos

que se enuncian se trataba de normas de rango legal. En consecuencia, a infracción de normas autonómicas de natureza administrativa, en particular se se trata de normas de rango legal, deberán provocar aquela mesma consecuencia xurídica —así sucede no caso resolto pola STS do 31 de outubro de 2007 [RX 2007\8644], na que a nulidade do contrato se funda na infracción da Lei de cooperativas da CA de Andalucía de 1985—, aínda que cómpre matizar esta afirmación en relación con normas autonómicas de rango legal ditadas ao abeiro de títulos competenciais tales como a protección dos consumidores, a ordenación do comercio interior, o urbanismo e a vivenda, etc., respecto dos que diversas sentenzas do TC excluiron que poidan determinar consecuencias xurídico-privadas tales como a nulidade ou anulabilidade dos contratos. En efecto, á luz da doutrina do TC sobre a competencia das CCAA en materia de fixación das consecuencias civís das normas que diten en exercicio da súa competencia (*v. gr.*, especialmente a STC 62/1991, do 22 de marzo, con respecto ao art. 22 do Estatuto galego do consumidor) permitiríase cuestionar a adecuación constitucional destas normas.

2. AS NORMAS XURÍDICAS; CARACTERÍSTICAS, ESTRUCTURA E CLASES

2.1. Concepto

Desde o punto de vista do dereito positivo, a norma xurídica é un precepto, coactivamente establecido polos poderes normativos dunha comunidade —ordinariamente identificada co Estado— para un suposto de feito abstracto.

En consecuencia, a norma xurídica é un «*precepto*» no sentido dado a este termo por Norberto BOBBIO, quen entende que o precepto é unha proposición, de carácter prescriptivo e imperativo. Unha proposición non é máis que unha oración ou conxunto de oracións gramaticais que teñen un significado ou un sentido. Esta proposición, no caso das normas xurídicas, debe ser de carácter prescriptivo —non descriptivo— para a determinación do cal cómpre observar o carácter intrínseco do mandato que contén. Ademais, debe ter carácter imperativo, xa que debe impor un comportamento, como o obxecto dunha obriga ou dun deber, que se presenta como debido. Este precepto está coactivamente establecido, de maneira que se previron sancións por parte do ordenamento xurídico para o suposto da inobservancia do precepto. Estas sancións son reaccións do ordenamento xurídico —teñen polo tanto un carácter esencialmente extrínseco, a diferenza das sancións para o caso de

incumprimento de deberes morais— adversas para os intereses dos suxeitos de dereito que incumpren os mandatos do precepto. Son preceptos establecidos coactivamente polos órganos normativos da comunidade, o que diferencia a norma xurídica da norma puramente social.

A norma xurídica caracterízase fronte aos demais preceptos xurídicos polo feito de que está prevista para un suposto de feito abstracto —o que determina o carácter de abstracción ou xeneralidade da norma xurídica—. Está prevista para un suposto de feito, que pode consistir tanto nunha situación xurídica en sentido estrito —unha posición xurídica estaticamente considerada dunha persoa ou dunha cousa (*v. gr.*, posición xurídica de concibido, de incapaz, de ausente, de prexudicado por un dano, de comprador, etc.)— ou por un feito xurídico —a consecuencia xurídica producirase cando se realice ou teña lugar un determinado acontecer (*v. gr.*, cando o vendedor non entregue a cousa obxecto do contrato, cando se infira culposamente un dano nun patrimonio alleo, etc.)—. A abstracción da norma xurídica non se refire ao feito ou á situación xurídica en si, senón que se refire aos suxeitos aos que afecta o feito ou aos que se refire a situación. A abstracción é necesaria para que poida considerarse que se trata dunha norma xurídica e iso por existencia dos principios constitucionais de seguridade xurídica (art. 9.3 da CE) e de igualdade ante a lei (art. 14 da CE). Se algunha excepción se quere establecer á abstracción das normas xurídicas, é necesario ditar unha lei en sentido estrito (*v. gr.*, para recoñecer unha pensión extraordinaria a un heroe militar, etc.).

Adóitase afirmar que o suposto de feito da norma xurídica ten que ser hipotético. Non obstante, existen normas xurídicas ditadas para supostos de feito ou feitos xa acontecidos (*v. gr.*, axudas públicas para os afectados por determinados virus contaxiados en intervencións médicas; para os afectados por un concreto desastre natural, etc.).

2.2. A estrutura da norma xurídica

Para os efectos de expor a estrutura das normas xurídicas, debe diferenciarse entre as chamadas normas primarias e normas secundarias.

A norma xurídica primaria está integrada por un suposto de feito, do que se predica unha determinada consecuencia xurídica. A consecuencia xurídica establece unha regulación de deberes e de correlativos poderes.

A norma xurídica secundaria prevé sancións para o caso de incumprimento dos deberes impostos na norma primaria —para o caso de que o comportamento debido fose inobservado, o que constitúe un acto ilícito—. O ordenamento xurídico reacciona contra o autor do acto de incumprimento do precepto normativo dispoñendo, para o caso de transgresión, a produción de consecuencias xurídicas de carácter adverso para o infractor, que se denominan sancións.

As sancións de dereito privado, fundamentalmente, consisten no deber que teñen os órganos correspondentes do Estado de adoptar algún dos dous seguintes comportamentos: impedir o nacemento de consecuencias xurídicas derivadas do comportamento infractor ou eliminar as consecuencias antixurídicas xa producidas. En última instancia procederase á privación forzosa de bens do patrimonio do infractor que sexan necesarios para eliminar as consecuencias xurídicas producidas pola infracción.

– **Clases de normas xurídicas**

Unha clasificación das normas xurídicas que pretenda ser útil debe tomar en consideración os tipos de normas que presenten unha consecuencia xurídica. Para estes efectos, pode partirse dos tipos de normas que enuncia o título preliminar do CC, no que o art. 4.2 do CC considera normas penais, normas excepcionais e normas de ámbito temporal; o art. 4.3 do CC, as normas de dereito común e as normas de dereito especial; e o art. 6.3 do CC enuncia a distinción entre normas imperativas e as normas dispositivas.

2.3.1. Normas de dereito imperativo e normas de dereito dispositivo

As normas imperativas son aquelas cuxa aplicación non se pode pasar por alto en virtude dun acto de exclusión ou de modificación da súa regulamentación polos preceptos ditados no exercicio da autonomía privada —non pode ser excluída a súa aplicación polos preceptos negociais—. Con carácter xeral, pode afirmarse que as normas de dereito público (penais, tributarias, administrativas e procesuais) son de dereito imperativo, mentres que o dereito privado patrimonial é o ámbito propio das normas de dereito dispositivo; isto é, das normas que permiten a súa exclusión ou a súa modificación polos preceptos negociais. Con todo, non se pode esquecer que tamén no ámbito do dereito privado patrimonial existen normas de natureza imperativa —sirvan como ilustrativos exemplos as normas que regulan os requisitos esenciais dos contratos e as que regulan as

relacións de consumo, establecendo dereitos dos consumidores e usuarios inderrogables por virtude da autonomía privada (art. 10 do TRLXDCU)—, que integran a chamada orde pública, en sentido económico, e que é erixida polo art. 1255 do CC como límite ao ámbito de aplicación do principio xeral de autonomía privada. O art. 6.3 do CC prescribe, con alcance de norma xeral, que os actos contrarios ás normas imperativas son nulos de pleno dereito, salvo que unha norma xurídica en concreto estableza unha sanción diversa da nulidade *ipso iure* para o caso de contravención. A finalidade deste precepto é delimitar o alcance da órbita da nulidade de pleno dereito ou *ipso iure*. Trátase dunha nulidade de carácter automático —sen necesidade de que medie impugnación previa como acontece nos supostos de mera anulabilidade—, establecida en interese público e apreciable *ex officium*, sen que a acción para facela valer estea sometida a prazo de prescrición ou de caducidade, a diferenza da acción de anulabilidade que caduca aos catro anos, *ex art.* 1301 do CC.

2.3.2. Normas de dereito común e de dereito especial

O concepto de dereito común ten diversas acepcións. Prescindindo do concepto histórico de dereito común ou *Ius commune* —o dereito romano-xustiniano recibido e reelaborado—, o dereito común éo por razón das persoas ás que está dirixido —fronte aos dereitos especiais que conteñen unha regulación destinada a determinados grupos de persoas (*v. gr.*, o dereito administrativo, o dereito mercantil e o dereito laboral)— ou a un determinado territorio do Estado. Neste último concepto, os dereitos civís autonómicos, tradicionalmente coñecidos como dereitos forais, son dereitos especiais —por razón do territorio—, aínda que por razón dos suxeitos aos que están dirixidos son dereitos de natureza común e, polo tanto, dotados da nota de expansividade a teor da previsión do art. 4.3 do CC. Tamén se utiliza o concepto de dereito especial para referirse ás leis civís que non forman parte do CC, de maneira que este sería o dereito común fronte ao dereito especial constituído polas normas extracodiciais (*v. gr.*, a LH, a LXDCU, a LAU ou a LAR, entre outras moitas).

As normas de dereito común, de acordo co disposto no art. 4.3 do CC, teñen a nota da expansividade, de maneira que se aplican a todas as relacións xurídicas respecto das que non existe unha norma de dereito especial. Pola súa parte, o dereito especial derroga o

dereito común, para o ámbito específico, persoal ou territorial de aplicación.

2.3.3. Normas de dereito excepcional e de dereito normal

As normas excepcionais —ou de dereito excepcional— contrapóñense ás normas de dereito normal. O dereito normal está integrado por aquelas normas que son conformes cos principios xerais informadores do ordenamento xurídico, mentres que o dereito ou as normas que non constitúen un desenvolvemento destes principios, son normas de dereito excepcional. As normas de dereito excepcional non son susceptibles de aplicación analóxica, xa que fóra do previsto nunha norma excepcional se atopan os principios xerais do dereito (art. 1.4 do CC).

2.3.4. Normas sancionadoras

O concepto de «*normas [leis] penais*» ten unha concepción estrita, como normas que sancionan infraccións penais —delitos e faltas— en sentido estrito, e unha acepción ampla, como equivalente a normas sancionadoras en xeral. O termo utilizado no art. 4.2 do CC debe entenderse en sentido amplo, aplicándose a interdicción da aplicación analóxica a todas as normas sancionadoras, igual que as disposicións que contemplan a irretroactividade das disposicións normativas sancionadoras (art. 9 da CE) e as que impoñen o principio de legalidade en materia sancionadora (art. 25 da CE).

2.3.5. Normas temporais

As normas de ámbito temporal ou leis temporais (en expresión do art. 4.2 do CC) son normas cuxa aplicación está restrinxida a un prazo ou período de tempo definido ou delimitado e contrapóñense ás normas ou leis de carácter permanente, cuxa vixencia temporal é indefinida no tempo, sen prexuízo da súa posible derogación —expresa ou tácita— en virtude de normas posteriores no tempo (*ex* art. 2.2 do CC). As normas denominadas transitorias, ou, máis tecnicamente, de dereito intertemporal son as normas que rexen os conflitos de leis que se producen como consecuencia dunha lexislación nova, en relación coa lexislación vixente ata a data de entrada en vigor da nova.

2.3.6. Normas de dereito interrexional

As normas dirixidas a dirimir os conflitos entre normas na súa dimensión espacial ou ámbito territorial de aplicación son as normas de dereito interrexional ou de dereito

internacional privado.

3. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E EFICACIA DAS NORMAS XURÍDICAS

3.1. Interpretación das normas xurídicas

3.1.1. A necesidade da interpretación da norma xurídica

A norma xurídica é un precepto, mandato ou imperativo que, ao producirse a través de signos externos que son as palabras e ser unha creación humana que se insire nun mundo de intereses contrapostos, é susceptible de presentar distintos significados en función de se se atende exclusivamente ao seu teor literal, á intención do seu autor, á doutrina científica que a interpreta ou aos intereses en conflito. A aplicación dunha norma xurídica para resolver un conflito de intereses require a indagación do seu significado a través do labor de interpretación.

3.1.2. A meta da interpretación da norma xurídica

De conformidade co afirmado na epígrafe precedente, a meta ou finalidade da interpretación xurídica consiste na fixación do significado da norma xurídica obxecto desta. En relación con esta cuestión, formuláronse diversas teses acerca de cal é a meta da investigación do significado da norma xurídica na tarefa de interpretación; a saber:

1ª) A teoría lexislativa primitiva consideraba que, na interpretación da norma, se observará a letra desta, o significado gramatical das súas palabras. É unha teoría que cómpre rexeitar por insuficiente e porque sitúa á gramática por enriba da equidade e da xustiza, ao tempo que devén ineficaz, xa que exixiría acudir ao lexislador para determinar o significado da norma.

2ª) A teor dunha segunda teoría, trátase de indagar a vontade psicolóxica do autor da norma, debendo colocarse o intérprete na perspectiva do lexislador e restaurar, artificialmente, a vontade deste. Esta teoría presenta dúas desvantaxes: a vontade psicolóxica do lexislador non é máis que unha ficción e iso porque os órganos lexislativos son pluripersoais e, por outra parte, prodúcese unha desconexión da norma con principios xerais do dereito, ao tempo que provoca inseguridade xurídica.

Ademais das razóns xa enunciadas en contra da admisión dos postulados das dúas teorías expostas superficialmente, deben ser descartadas porque as rexeita o art. 3 do CC ao

prescribir que as normas se interpretarán «*atendendo fundamentalmente ao espírito e finalidade daquelas*» e non, polo tanto, á finalidade perseguida polo lexislador —sen prexuízo de que esta se deba ter en conta—, ao tempo que o espírito da norma é un criterio que pode non ser acorde coa letra da lei.

En consecuencia, parece que na interpretación xurídica se debe buscar a *voluntas legis* —non a *voluntas legislatoris*—, que debe ser indagada dunha forma obxectiva. Para iso, a doutrina clásica estableceu dous sistemas fundamentais, sen prexuízo da existencia doutros: a xurisprudencia de conceptos e a xurisprudencia de intereses.

De conformidade cos postulados da xurisprudencia de conceptos, na interpretación trátase de descubrir cal será o significado obxectivo da norma a través de sistemas de conceptos e subconceptos, que os autores veñen realizando ao estudar os ordenamentos xurídicos.

Para o sistema propio da xurisprudencia de intereses, para descubrir o significado obxectivo da norma, cómpre ver o conflito de intereses contrapostos que subxacen nesta e determinar cal é o que ordenou a norma sacrificar ou preterir en atención á concorrencia dun interese merecedor de protección.

A vontade obxectiva da norma, que se erixe na finalidade fundamental da interpretación xurídica, debe descubrirse a través da xurisprudencia de intereses, constituíndo un elemento auxiliar, para estes efectos, a xurisprudencia de conceptos. Non se trata de descubrir o sentido obxectivo dunha norma illada, senón que a norma se debe situar no contexto dun plan do Estado no que se basea a organización xurídica e social, para o cal os principios informadores do ordenamento xurídico teñen unha importancia fundamental.

3.1.3. Os medios de interpretación da norma xurídica ex art. 3 do CC

Os medios de interpretación da norma xurídica ou criterios hermenéuticos están enunciados no art. 3 do CC: 1) O sentido propio das palabras da norma —instrumento literal ou gramatical—. 2) O contexto da norma ou elemento sistemático. 3) O elemento histórico. 4) O elemento sociolóxico.

1º) O elemento gramatical: Para a interpretación da norma, cómpre tomar en consideración o sentido ou significado do conxunto de palabras que conforman a norma interpretada nunha análise sintáctica e non morfolóxica daquelas, dándolles o significado

que teñan no mundo xurídico. Con todo, a claridade que poida ofrecer a análise gramatical da norma non determina que o labor de interpretación concluíse, debendo desvirtuarse a virtualidade do brocardo *in claris non fit interpretatio*, xa que se han de tomar en consideración os demais canons de interpretación prescritos no artigo do CC que nos ocupa.

2º) O contexto da norma —elemento sistemático—: A análise gramatical das palabras que conforman a norma xurídica interpretada débese realizar de conformidade co contexto da norma, integrado polo seu contorno: as palabras que a conforman, as normas que se atopan sistematicamente situadas no seu contorno e a posición da norma no conxunto do ordenamento xurídico. Pero o significado do canon contextual non se limita ao contexto da norma, aínda no sentido amplo enunciado, senón que inclúe o contexto político, cultural, económico, social, tecnolóxico, etc., existente no momento de entrada en vigor da norma.

3º) O canon histórico: Na interpretación debe tomarse en consideración non só a evolución do ordenamento xurídico precedente á entrada en vigor da norma interpretada, senón tamén a evolución posterior, que permita dotala do seu significado actual ou presente.

4º) A realidade social do tempo en que debe ser aplicada: trátase de tomar en consideración o contorno social existente no momento de interpretar e aplicar a norma ao caso, tomando en consideración factores económicos, sociais e políticos, pero tamén os principios xerais do dereito vixentes nese momento histórico.

Os expostos son os instrumentos ou canons de interpretación que enuncia o art. 3.1 do CC, sen prexuízo de que nas obras científicas que tratan da interpretación da norma se engada o elemento lógico. O CC non fai referencia a este por tratarse dunha actividade eminentemente racional e que, en consecuencia, é un elemento inescusable na interpretación: o uso das regras lógicas debe darse por suposto, como consubstancial á interpretación. Por esta razón, deben rexeitarse interpretacións da norma que conduzan ao absurdo (interpretación por redución ao absurdo), interpretacións que conduzan ás antinomías de normas, porque o ordenamento xurídico é unitario, non tendo cabida as antíteses de normas.

Entre os argumentos de tipo lógico típicos na interpretación xurídica poden citarse os

seguintes: 1) Argumento *a fortiori*. 2) O argumento *a contrario* —en supostos antitéticos proceden consecuencias xurídicas diversas—. 3) O argumento *a pari* —en supostos iguais proceden consecuencias xurídicas similares—. Estes argumentos lóxicos teñen a validez que lles permite o mandato contido no inciso final do art. 3.1 do CC, de maneira que o resultando que ofrezan as regras lóxicas non quede invalidado por ser contrario á finalidade da norma.

3.1.4. As clases de interpretación

A interpretación xurídica pode clasificarse atendendo á súa orixe ou ao seu resultado.

- A) Pola súa orixe, a interpretación pode ser estatal: procedente do propio poder lexislativo —interpretación auténtica, que se realiza a través dunha norma xurídica que dota de significado a outra norma e que, en consecuencia, ten un valor vinculante—; de órganos administrativos ou de órganos xurisdicionais e do propio Tribunal Constitucional —cuxa interpretación é vinculante para os xuíces e tribunais *ex art. 5.1 da LOPX*—; ou de orixe extraestatal, que é a que procede da propia comunidade xurídica, de funcionarios públicos ou doutros operadores xurídicos coa finalidade de evitar conflitos («interpretación cautelar») ou dos autores e estudosos do dereito («interpretación doutrinal»).
- B) Atendendo ao seu resultado, a interpretación pode ser extensiva, restritiva, declarativa e abrogativa.

3.2. Aplicación das normas xurídicas

3.2.1. A aplicación das normas xurídicas: concepto

O dereito existe para ser aplicado, pois o seu obxecto é a regulación das relacións sociais ou, dito doutro xeito, que as relacións sociais se adecuen aos ditados do dereito. Non se trata de establecer un sistema ideal de normas de conduta para a súa mera contemplación. Esta adecuación dos comportamentos ás normas que integran o ordenamento xurídico pode realizarse dun xeito espontáneo ou de xeito imposto ou coactivo nos supostos en que os destinatarios das normas incumpren os seus deberes ou xorde un conflito de intereses entre os distintos destinatarios daquelas. Nos Estados de dereito esta imposición do dereito correspóndelles aos órganos do Estado competentes

para resolver sobre quen ten a razón xurídica ou sobre cal é a conduta ordenada ou debida pola norma e impor, se é o caso, o dereito.

Estes órganos do Estado que teñen atribuída a competencia para a imposición coactiva do dereito poden ser tanto órganos de natureza administrativa, que forman parte do poder executivo, como órganos de natureza xudicial, que forman parte do denominado poder xudicial. En todo caso, por imperativo do art. 9 da CE, todos os poderes do Estado están suxeitos ao ordenamento xurídico. Esta norma xeral ten aplicacións concretas en relación cos órganos da Administración Pública —o art. 103 da CE prescribe o sometemento desta ao cumprimento da lei— e cos órganos xurisdiccionais, respecto dos que o art. 117.1 da CE dispón que están sometidos exclusivamente ao imperio da lei, garantindo así a súa independencia respecto do resto dos poderes do Estado.

As normas constitucionais invocadas han de completarse coa previsión do art. 1.7 do CC, no que se acolle o principio de interdicción *non liquet*, a teor do cal, os xuíces e tribunais teñen o deber inescusable de resolver, en todo caso, os asuntos de que coñezan, aténdose ao sistema de fontes establecido, sen posibilidade de deixar imprexulgado un asunto de xeito indefinido —como se admitía no dereito romano— baixo pretexto de inexistencia dunha norma que resulte de aplicación ao caso e iso con fundamento no dogma da plenitude do ordenamento xurídico.

A aplicación a un caso concreto do tratamento ou resposta que o ordenamento xurídico dispón para este non se limita a un mero labor de subsunción, seguindo os esquemas propios dun siloxismo xurídico, como preconizan os autores que forman parte da chamada «Escola da Esexese», encabezada por J. BONNECASE. En efecto, a aplicación do dereito implica unha serie de operacións xurídicas sucesivas que debe realizar o intérprete e o aplicador do dereito e que poden sistematizarse do xeito que segue: 1ª) Función probatoria. Os feitos aos que ha de aplicarse a norma teñen que ser feitos xurídicos relevantes —serao só se se produciron realmente e se a norma xurídica os considera relevantes, de maneira que cómpre realizar unha selección do mundo fáctico—. 2ª) En función dos feitos relevantes e probados, debe levarse a cabo un labor de selección no aspecto normativo, para os efectos de determinar, no conxunto do ordenamento xurídico, as normas aplicables a aqueles feitos. 3ª) É necesario determinar o significado, o sentido

e o alcance das normas seleccionadas e hipoteticamente aplicables ao caso. 4ª) O labor de subsunción propiamente dito, para determinar se efectivamente o feito probado coincide co suposto de feito da norma seleccionada e, en consecuencia, procede aplicar a consecuencia xurídica prevista por esta.

3.3.2. A equidade na aplicación das normas xurídicas

A Lei de bases de reforma do CC de 1973 establecía na súa base 2ª.2 *que «a equidade presidirá a aplicación das normas»*. Froito desta previsión é o art. 3.2 do CC, a teor do cal *«a equidade haberá de ponderarse na aplicación das normas, aínda que as resolucións dos tribunais só poderán descansar de xeito exclusivo nela cando a lei expresamente os permita»* —así acontece, *v. gr.*, no caso do xuízo de equidade en materia de adopción de acordos nas comunidades de propietarios en réxime de propiedade horizontal ao que remite o último parágrafo do art. 17 da LPH—. A explicación deste precepto pode atoparse na exposición de motivos do texto articulado da Lei de reforma do TP de 1974, na que se indica que *«á equidade lle incumbe o labor de intervir como criterio interpretativo en concorrencia con outros»*, negándolle así, indirectamente, a consideración de fonte do dereito. Dentro do obrigado respecto á seguridade xurídica, a equidade debe ser tomada en consideración polos órganos xurisdicionais como un elemento tendente a lograr unha aplicación das normas sensible ás particularidades dos casos concretos. A equidade supón entón a ponderación do elemento de xustiza material no caso concreto de acordo coas conviccións xurídicas da sociedade, o que enlaza coa concepción sociolóxica dos principios xerais do dereito.

3.3. A eficacia das normas xurídicas

3.3.1. O efecto constitutivo das normas xurídicas

A norma xurídica, como proposición preceptiva que é, contén unha orde ou mandato en relación como un comportamento que se quere producir e que se presenta como un comportamento debido, obxecto dun deber xurídico, en sentido estrito. Este deber xurídico é un efecto constitutivo esencial da norma xurídica. A norma xurídica leva consigo a inescusabilidade do cumprimento do deber xurídico que establece, salvo que conorra unha causa de xustificación. Este deber enmárcase no ámbito da declaración do art. 6.1 do CC, a teor do cal *«a ignorancia das leis non escusa do seu cumprimento»*. O

fundamento deste principio debe radicar precisamente na eficacia xeral das leis: os deberes consubstanciais ás leis teñen que ser levados a efecto —cumprirse—, xa que diso depende que o plan do Estado se realice (DE CASTRO). En consecuencia, o cumprimento destes deberes non pode quedar a mercé de que os cidadáns coñezan, ou non, as leis. As consecuencias desta fundamentación son as que seguen: 1ª) A falta de imputabilidade, de culpabilidade, na ignorancia de deberes non é ningunha causa que ampare a exoneración do seu cumprimento. 2ª) En materia de relevancia do erro do dereito, quen se equivoca resulta irrelevante que o sexa por erro de feito ou por erro de dereito, merecendo ambos os dous «erros» a protección do ordenamento xurídico, xa que poden provocar a ineficacia do acto que se realice mediando o erro. O art. 6.1.II do CC prescribe que *«o erro de dereito producirá unicamente aqueles efectos que a leis determinen»*.

Aínda que isto é así, historicamente —no dereito romano posclásico, nas *Partidas* (nas que se escusaba os aldeáns, os pastores, as mulleres e os nenos de cumprir as leis, por consideralos inimputables) e no momento inicial do movemento codificador (v. gr., o CC prusiano establecía que *«todo cidadán do Estado debe informarse de todas as leis que o concirnen»*)— o fundamento radicou nun pretendido deber xeral de coñecemento das leis, de maneira que a súa ignorancia constituiría unha infracción do ordenamento xurídico que levaría aparellada a imposición dunha sanción. Admitir esta segunda fundamentación leva consigo as seguintes consecuencias: 1ª) Cando a infracción é inimputable por non ser culpable, non habería cumprimento por non haber sanción. 2ª) O erro de dereito non debe ser relevante para a ineficacia dos actos realizados por erro —neste sentido, no Proxecto de CC de García Goyena de 1851 considerábase que o erro de dereito era irrelevante para o pagamento do indebido, mentres que o erro de feito permite solicitar a ineficacia.

As normas xurídicas teñen un ámbito espacial e temporal de aplicación e eficacia, cuxa exposición constitúe o contido do tema 4.

3.3.2. Deber de coñecer as normas xurídicas

A aplicación do dereito ten como presuposto o deber de coñecemento das normas xurídicas que recae sobre todas as persoas que teñen a función de aplicar os mandatos normativos. En particular, o art. 9 da CE prescribe que os poderes públicos están suxeitos

ao ordenamento xurídico e, en particular, o art. 117 da CE somete aos órganos xurisdiccionais o imperio da lei, de igual forma que o art. 103 da propia CE contén un precepto similar en relación cos órganos das administracións públicas, como xa se sinalou. Como unha consecuencia do principio de eficacia das normas xurídicas enunciada por DE CASTRO constitúe unha obriga de todos os funcionarios públicos de todas clases negar a súa cooperación á eficacia de actos e negocios xurídicos que sexan nulos de pleno dereito por contravir normas xurídicas de natureza imperativa e que ten aplicacións concretas como a que se considera no art. 84 do TRLXDCU/2007, en relación coa non incorporación e inscrición de cláusulas contractuais nulas por seren abusivas nos contratos formalizados con consumidores.

Se os funcionarios ou, en xeral, o persoal ao servizo das administracións públicas incumpre este deber, ou os xuíces encargados da aplicación do dereito incumpren este deber, xéranse responsabilidades de diversa natureza —penal, civil e disciplinaria, que derivan do feito de ditar resolucións, administrativas ou xudiciais, manifestamente inxustas por ignorancia inescusable— (arts. 145 e 146 da LRXAPePAC e 16, 411 e 417.4 da LOPX). O referido deber é predicable tamén doutros operadores xurídicos que non son, en sentido propio, persoal ao servizo da Administración pública e que tampouco forman parte do poder xudicial, como é o caso dos notarios —arts. 1 e 147 do RNot— e dos rexistradores da propiedade —especialmente no seu labor de cualificación ex art. 18 da LH— e dos propios avogados —art. 42 do EXA—, que poden incorrer en responsabilidade civil como consecuencia de actuacións negligentes froito do descoñecemento do dereito ou, mesmo, de determinadas interpretacións xurisprudenciais deste que sexan reiteradas e uniformes.

Este deber de coñecer o dereito exprésase no apotegma xurídico *iura novit curia*, que produce unha excepción en canto á aplicación do principio dispositivo —*da mihi factum, dabo tibi ius*— que, con carácter xeral, rexe nos procesos civís. O principio dispositivo —fronte ao inquisitivo propio dos procesos penais— rexe nos procesos civís con toda a súa violencia en relación cos feitos e coas pretensións. O art. 282 da LAC prescribe que a iniciativa probatoria dos feitos no proceso civil é de parte, sen prexuízo de que o tribunal poida, de oficio, acordar que se practiquen probas ou que se acheguen documentos, ditames ou outros medios e instrumentos probatorios cando así o estableza a lei. O art. 281 da LAC sinala que a proba terá como obxecto os feitos que garden relación coa tutela

xudicial que se pretenda obter no proceso, así como o costume —tamén ex art. 1.3 do CC; a excepción á exixencia de proba está constituída polos usos e costumes notorios ex art. 2.1 da LDCG/2006— e o dereito estranxeiro (RDXRN do 1 de marzo de 2005 [BOE do 21 de abril de 2005]). O principio dispositivo non rexe respecto da norma xurídica que resulte de aplicación aos feitos alegados e probados, nin á *causa petendi* e ao *petitum* que foron formulados pola parte que impetra a aplicación do dereito.

Non existe un deber xeral de que coñecer as leis recaia sobre todos os integrantes da comunidade xurídica, pero non pode invocarse o seu descoñecemento para evitar a súa aplicación, atopando esta última afirmación o seu fundamento na eficacia das leis e presentando as dúas seguintes consecuencias ou corolarios: 1º) A falta de culpabilidade ou de imputabilidade na ignorancia de deberes impostos polas normas xurídicas non é ningunha causa que permita exonerar do seu cumprimento. Esta consecuencia enúnciase a través de o apotegma xurídico *ignorantia iuris non excusat* acollido no art. 6.1 do CC. 2º) En canto ás consecuencias de quen se equivoca no cumprimento das previsións legais, resulta irrelevante se se trata dun erro de feito ou de dereito. O parágrafo 2º do art. 6.1 do CC prescribe que «o erro de dereito producirá unicamente aqueles efectos que as leis determinen», pero non escusa do seu cumprimento. O erro de dereito para que sexa relevante no ámbito de impugnación da validez dos negocios xurídicos debe ser esencial, escusable —descártase a eficacia do erro culpable ou inescusable— e recoñecible pola outra parte do negocio xurídico e, ademais, ha de mediar a impugnación, pois estaremos, en todo caso, ante un suposto de anulabilidade. En consecuencia, pode afirmarse que o erro de dereito non constitúe unha excepción ao principio xeral do dereito *ignorantia iuris non excusat*, xa que non parten do mesmo suposto de feito.

3.3.3. A renuncia á lei aplicable: a exclusión voluntaria da lei aplicable

O CC antes da reforma do título preliminar levada a cabo no ano 1974 non contiña ningunha referencia á institución historicamente coñecida como renuncia das leis. Tras a referida reforma, o art. 6.2 do CC prescribe que «a exclusión voluntaria da lei aplicable e a renuncia aos dereitos nela recoñecidos só serán válidas cando non contraríen o interese ou a orde pública nin prexudiquen a terceiros». Nos casos de renuncia das leis ou de exclusión voluntaria da lei aplicable, o obxecto da renuncia non está constituído por un

dereito xa adquirido —ou, en sentido amplo, calquera vantaxe xurídica que fose adquirida — (v. *gr.*, renuncia ao dereito de propiedade sobre un determinado ben, renuncia á prescrición gañada —art. 1935 CC—, etc.), senón que o seu obxecto é a normativa da aplicación da cal nace un dereito. O CC prevé algúns supostos específicos de renuncia á lei aplicable, como é o caso da renuncia ás normas do saneamento por evicción na compravenda (art. 1477 do CC) ou para impedir a renuncia, como é o caso do art. 816 do CC, respecto das normas que rexen as lexítimas, sen prexuízo da validez da renuncia aos dereitos adquiridos en virtude das normas á aplicación das cales non pode renunciarse tendo en conta a súa natureza de dereito imperativo.

Precisamente, para que a exclusión da lei aplicable sexa válida, é necesario que o obxecto da exclusión sexa unha norma de carácter dispositivo, pois noutro caso situariámonos no ámbito obxectivo de aplicación do art. 6.3 do CC.

O art. 6.2 do CC alude á exclusión «*voluntaria*», de maneira que se trata dunha declaración de vontade constitutiva dun auténtico negocio xurídico, no exercicio do poder de autonomía privada, requiríndose unha declaración de vontade manifestada dunha forma idónea ou apta para revelar a vontade de exclusión, con consentimento non viciado polo renunciante, e que concorra unha causa ou razón suficiente de acordo coa natureza da relación que xustifique a exclusión da lei de acordo coa natureza da relación na que se produza este negocio de exclusión.

A validez da renuncia ou do negocio de exclusión voluntaria da lei aplicable ten como límites o prexuízo de intereses de terceiros xuridicamente protexidos —tanto intereses de titularidade privada como de titularidade pública— e a orde pública, entendida no sentido exposto por P. TRIMARCHI, como o conxunto de principios básicos da estrutura política e económica do Estado. Algún significativo autor —DÍEZ-PICAZO— cuestionou a eficacia dos límites á exclusión voluntaria da lei aplicable que se conteñen no art. 6.2 do CC, partindo da consideración de que non pode contrariar o interese ou a orde pública un acto de renuncia privada, ben que este mesmo autor precisa que, cando como consecuencia da exclusión voluntaria da lei aplicable se produza un baleiro no ordenamento xurídico, a exclusión é nula, sen fundamentar esta conclusión. Pois ben, debe considerarse que nestes supostos, en realidade, estamos en presenza dun atentado á orde pública, posto

que nun sistema de economía de mercado, ao cidadán concédenselle uns poderes que, no caso de que os utilice para xerar unha lagoa no ordenamento xurídico, os tería utilizado dun xeito contrario á finalidade perseguida ao concederllos. En definitiva, se como consecuencia do exercicio da referida facultade se produce un baleiro na normativa aplicable, produciríase un incremento da discrecionalidade xudicial e, con iso, unha maior inseguridade xurídica. Polo tanto, débese considerar que a exclusión negocial da normativa aplicable sen achegar unha alternativa convencional á regulación que se exclúe é nula por ser contraria á orde pública entendida no sentido xa exposto.

BIBLIOGRAFÍA:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2006 (4ª ed.).

CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario del art. 6.3 del CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, T. I, vol. 1º (M. ALBALADEJO E S. DÍAZ ALABART, Dirs.), Edersa, Madrid, 1992.

DE CASTRO y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil (Introducción y Derecho de la persona)*, Madrid, 1970 (5ª ed.).

Ibidem, *Derecho civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 (2ª ed.; edic. facsímile, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1984).

DÍEZ-PICAZO, L.: «La interpretación de la Ley», *A.D.C.*, 1970.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las normas reglamentarias en el Derecho civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006.

IRTI, N.: *Introduzione allo studio del Diritto privato*, CEDAM, Padua, 1990.

LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general* (traduc. de la 3ª ed. alemana -1975- y notas de M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA), EDERSA, Madrid, 1978.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Interpretación y jurisprudencia: Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994; *ibidem*, *Realidad social y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PEREZ**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 3

O DEREITO SUBXECTIVO. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI. A RELACIÓN XURÍDICA

TEMA 3. O DEREITO SUBXECTIVO. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI. A RELACIÓN XURÍDICA

1. O DEREITO SUBXECTIVO

1.1. Concepcións tradicionais e a súa crítica

Tradicionalmente o dereito subxectivo definiuse desde unha perspectiva básica atendendo a tres concepcións diversas sostidas polos pandectistas: 1ª) Como un poder da vontade -VON SAVIGNY-. 2ª) Como un interese xuridicamente protexido —VON IHERING—. 3ª) Como un poder de protección —THON—. Graficamente, VON IHERING e THON expresaban a diferenza entre as súas concepcións sinalando o primeiro que, se se compara o dereito subxectivo cunha noz, este sería o interior da noz, mentres que para o segundo sería a casca da noz. Á súa vez, THON, para expor a súa tese, comparaba o dereito subxectivo cun xardín, constituíndo o dereito subxectivo o poder de pór un enreixado neste xardín para evitar intromisións de estraños —este autor identifica o dereito subxectivo co poder de protección que lle atribúe ao seu titular—.

Fronte á concepción de VON SAVIGNY, debe repararse en que o poder da vontade non é exclusivo da categoría do dereito subxectivo, senón que é propio doutros poderes da autonomía privada ou autonomía da vontade no dereito privado patrimonial (*ex* artigo 1255 do CC), como acontece en especial co contrato, o testamento, os negocios de apoderamento ou de renuncia que tamén forman parte dos poderes de autonomía da vontade, pero non son dereitos subxectivos, ao tempo que resulta evidente que seres carentes de capacidade cognoscitiva e volitiva, como sucede singularmente neonato ou cunha persoa que teña gravemente diminuídas, como consecuencia dunha enfermidade psíquica, estas capacidades; non obstante, si son titulares de dereitos subxectivos, da mesma forma que as persoas con plena capacidade de obrar.

Fronte ás concepcións de VON IHERING e de THON, cómpre precisar que, malia que os dereitos subxectivos están ao servizo dun interese recoñecido polo ordenamento xurídico, non é unha connotación específica destes, posto que calquera relación xurídica se constitúe en protección dun interese. Así acontece cos poderes de dereito privado —*v. gr.*, as facultades que non constitúen dereitos subxectivos, como as de ocupar bens mobles *nullius*, a facultade de usucapir ou de usar bens destinados á prestación de servizos

públicos, etc.— e coas potestades de dereito privado —*v. gr.*, a patria potestade—. En esencia, pódese afirmar que a característica de contar cunha protección propia é esencial de todo dereito subxectivo, pero non é exclusiva desta institución. Por outra banda, o interese que se trata de protexer e a protección que se lle dispensa ao seu titular non esgotan o contido do dereito subxectivo, pois ao seu titular, para lograr a satisfacción do interese obxecto deste, non lle abonda un poder defensivo ou de carácter externo, senón que cómpre un poder de gozo ou un poder de carácter interno, que posibilite xuridicamente este gozo.

1.2. Concepto de dereito subxectivo

A teor das críticas realizadas ás concepcións pandectística do dereito subxectivo, resulta axeitado perfilar o seu concepto do xeito que segue: o dereito subxectivo é o poder xurídico de disposición unitario e independente do que é titular unha persoa para a satisfacción dos seus intereses. En consecuencia, o dereito subxectivo débese concibir como:

1º) Un poder: como tal, outórgalle ao seu titular unha serie de posibilidades de actuación —un ámbito de liberdade— lícito e protexido.

2º) É un poder de disposición: A liberdade de actuación que o dereito subxectivo lle confire ao seu titular é precisamente para dispor —é unha liberdade ou poder de disposición, *lato senso*— sobre o desfrute do dereito sobre o destino deste. Esta nota permite diferenciar os dereitos subxectivos das meras *facultades*, xa que estas non conteñen poder de disposición ningún sobre o destino e sobre o desfrute do dereito. En efecto, no caso das *facultades*, o destino e o réxime xurídico están establecidos por lei. O seu titular unicamente pode decidir se as exercita ou non. Pola súa banda, as *potestades* caracterízanse por se exercitaren en interese dun terceiro.

3º) É un poder de carácter xurídico: Trátase dun poder xurídico, pois abonda que, de forma lícita e protexida, o seu titular poida actuar libremente sobre a cousa obxecto do dereito. Non é un poder físico ou material. En consecuencia, o dereito subxectivo subsiste mesmo cando non exista a posibilidade física de exercitalo (*v. gr.*, por estar a cousa que constitúe o seu obxecto en ignorado paradiro, nun lugar inaccesible, etc.). Tampouco estamos en presenza dun poder psicolóxico —a idoneidade psicolóxica non é condición

para ser titular dun dereito subxectivo—, nin dun poder económico —pois non constitúe unha nota esencial o feito de que teña un valor económico ou en cambio—.

4º) O seu titular é unha persoa: A pertenza ou atribución dun poder xurídico a unha persoa —física ou xurídica— determinada realízase a través dun acto adquisitivo. O poder concédeselle a un titular preordenado á satisfacción de intereses. No caso de que os poderes se lle concedan ao seu titular para a satisfacción de intereses alleos, atopámonos ante a figura da *potestade* (como son os casos, *v. gr.*, da patria potestade, da tutela ou das potestades xudiciais ou administrativas), de tal maneira que as potestades teñen que ser actuadas se o demanda o interese alleo e na forma en que este o demande. O titular do dereito subxectivo pode actualo mesmo de forma arbitraria, sempre cos límites da boa fe e do abuso do dereito, erixidos no artigo 7 do CC, como límites intrínsecos do exercicio dos dereitos subxectivos.

5º) Trátase dun poder de carácter unitario e independente: O dereito subxectivo concíbese como algo diverso das facultades que forman parte do seu contido, de maneira que non está constituído pola mera suma ou adición de facultades concretas, senón que é precisamente a fonte destas facultades. É un centro de poder unitario do cal irradian ou derivan as facultades que conforman o seu contido. O dereito subxectivo é fonte, orixe ou causa destas facultades, que son efectos do dereito subxectivo. En particular, que sexa un centro unitario de poder explícanos que subsista o dereito subxectivo aínda que non exista unha facultade actual que actuar —subsiste nun plano potencial ou virtual (*v. gr.*, propietario despojado das facultades de posesión, de uso e disfrute e de disposición)—. Vinculada a esta característica, atópase a elasticidade, como calidade propia de todos os dereitos subxectivos e non exclusivamente do dereito de propiedade privada. Por outra banda, o dereito subxectivo é poder de carácter independente da existencia actual das súas facultades, e iso nos dous sentidos que seguen: a) Ten vida propia respecto do dereito obxectivo. Os dereitos subxectivos poden mesmo sobrevivir ao dereito obxectivo no que se fundan, no caso de que este resulte derogado. Deben sobrevivirle en virtude do respecto aos dereitos adquiridos. b) É independente respecto ao seu titular, pois o dereito subxectivo non é inherente a este, senón que pode ser transmitido, sen que este perda a súa natureza e identidade.

1.3. Clasificación dos dereitos subxectivos

Tradicionalmente, os dereitos subxectivos adóitanse clasificar en dereitos absolutos e dereitos relativos, partindo da existencia dunha obriga pasiva universal no primeiro caso e dunha obriga individual no segundo, de maneira que se adscribirían á primeira categoría os dereitos da personalidade e os dereitos reais, mentres que os dereitos de crédito se adscribirían á segunda das mencionadas categorías.

Seguindo a DE CASTRO, cómpre precisar xa que esta distinción é tecnicamente incorrecta, pois no sentido referido todos os dereitos subxectivos son absolutos, dado que todos os integrantes da comunidade xurídica están obrigados a respectar todos os dereitos subxectivos e calquera dereito subxectivo en abstracto é susceptible de ser lesionado por calquera. En efecto, tamén os chamados dereitos relativos no sentido indicado, ou dereitos de crédito, poden ser lesionados por un suxeito distinto do debedor —ou titular pasivo destes—, falándose, nestes casos, dunha lesión extracontractual dos dereitos de crédito, fronte á que o acredor ou titular activo destes dereitos pode reaccionar mediante o mecanismo xeral de tutela de todos os dereitos subxectivos constituído pola responsabilidade civil extracontractual (ex artigos 1902 e concordantes do CC).

En consecuencia, só se pode manter a distinción referida se se considera que, no caso dos chamados dereitos relativos, á obriga pasiva universal se superpón unha obriga individual —da que o debedor é titular pasivo—.

Desde a perspectiva da súa **estrutura**, os dereitos subxectivos clasifícanse en: dereitos de desfrute, dereitos de obriga e dereitos potestativos:

a) Os dereitos de obriga, son aqueles nos que a obriga é un fin en si mesma considerada, de tal maneira que o cumprimento da obriga é condición, non só necesaria, senón tamén suficiente para que o titular do dereito poida alcanzar a satisfacción do seu interese. Todo o contido do dereito se esgota na prestación do titular da obriga. Trátase de dereitos de heterosatisfacción, en expresión utilizada por GEORGIANNI, porque o seu obxecto está constituído pola conduta doutro suxeito —o debedor— consistente en realizar unha determinada prestación. Nesta categoría adoita situarse o conxunto dos dereitos de crédito —identificándoa con estes—, malia que debe precisarse que non sempre os dereitos subxectivos de obriga son dereitos de crédito, pois tamén poden ser dereitos reais

—como acontece, *v. gr.*, no caso dos censos e das servidumes negativas—.

b) Os dereitos subxectivos de desfrute: O titular ten atribuído un poder de autosatisfacción sobre a cousa obxecto do dereito. Ordinariamente, a doutrina identifica os dereitos subxectivos de desfrute cos dereitos reais, sen decatarse de que, nalgúns casos, o poder de autosatisfacción está presente tamén nalgúns dereitos de crédito, como acontece, *v. gr.*, co dereito do comodatario (artigos 1741 a 1752 do CC). Por outra banda, a existencia dun poder de autosatisfacción non implica que non exista unha obriga de non perturbar o titular do dereito no seu desfrute.

c) Os dereitos subxectivos potestativos —ou facultades de configuración xurídica—: Son dereitos de configuración da esfera xurídica allea, mediante unha declaración de vontade do titular da facultade de producir ou constituír —*v. gr.*, aceptación dunha oferta de contrato—, modificar —*v. gr.*, facultade do acredor de especificar unha obriga xenérica; ou de elección nunha obriga alternativa— ou extinguir unha relación xurídica —*v. gr.*, facultade de impugnar un negocio xurídico anulable ou de resolver un contrato por incumprimento— na esfera xurídica allea.

1.4. A estrutura do dereito subxectivo

Como poderes concretos que son, os dereitos subxectivos deben ter un titular, exercitarse sobre un determinado ben e ter un contido concreto. En consecuencia, o suxeito titular, o ben obxecto do dereito subxectivo e o seu contido conforman os tres elementos estruturais de todo dereito subxectivo.

a) O suxeito titular: A existencia dun dereito subxectivo reclama estruturalmente a presenza dun suxeito (o enunciado de dous supostos de dereitos sen suxeito, representados pola herdanza xacente e pola herdanza deferida a favor dunha persoa concibida, pero non nacida, é erróneo). Pode selo tanto unha persoa física como unha persoa xurídica. Pode existir un titular singular ou individual ou unha pluralidade de titulares dun mesmo dereito subxectivo. Os supostos de pluralidade de titulares —situacións de cotitularidade ou de comunidade— poden configurarse segundo tres sistemas de relacións entre eles: *i)* A cotitularidade en man común —ningún cotitular pode dispor por si só de nada, nin da súa propia situación xurídica, nin da dos demais cotitulares—. *ii)* A cotitularidade solidaria ou *in solidum* —calquera dos cotitulares pode

dispor tanto da súa situación xurídica como das dos demais cotitulares (artigo 1143 do CC). *iii)* A cotitularidade romana ou por cotas —ningún dos cotitulares pode dispor por si só da situación xurídica dos demais cotitulares, pero si da propia, como acontece na comunidade regulada nos artigos 392 a 406 do CC—.

b) O obxecto do dereito subxectivo: O dereito subxectivo proxéctase sobre un «*quid*», que pode ser unha cousa ou obxecto, en sentido xurídico, material ou inmaterial, sempre e cando poida ser obxecto de lícito comercio; ou unha prestación consistente nun facer ou nun non facer.

c) O contido do dereito subxectivo: Está integrado polas facultades concretas que lle atribúe ao seu titular, podendo ser estas de natureza fruitiva ou de configuración da esfera xurídica allea; de disposición en sentido estrito; de protección ou de defensa —xudicial ou extraxudicial— do dereito, incluíndo a facultade de exclusión de terceiros.

1.5. A adquisición dos dereitos subxectivos

O ordenamento xurídico subordina a atribución efectiva da titularidade dun dereito subxectivo a unha persoa ao acontecer de determinados feitos, denominados, por esta razón, «feitos adquisitivos» (*v. gr.*, o nacemento determina a adquisición dos dereitos da personalidade; o falecemento, a adquisición dos dereitos polos herdeiros do falecido, etc.); ou de determinados actos xurídicos; diferenciándose os actos dos feitos, en que nos primeiros son voluntariamente realizados; resultando indiferente a vontade da persoa no caso dos feitos xurídicos. A atribución da titularidade tamén pode traer causa dun negocio xurídico adquisitivo —adquisición negocial—, caracterizados porque a vontade se proxecta sobre a realización do acto, encamiñada á produción de determinados efectos (*v. gr.*, contrato, testamento, etc.).

A adquisición dos dereitos subxectivos, en función da relevancia da vontade do transmitente anterior ou orixinario do dereito subxectivo, pode ser: a) Derivativa —ou sucesión en sentido amplo—. Supón unha transmisión da titularidade do dereito baseada na titularidade do transmitente ou do causante. Na medida en que a transmisión se basea nesta titularidade previa, a titularidade do transmitente opera como condición e como medida da transmisión. Á súa vez, a adquisición derivativa pode ser translativa —o transferido é precisamente o mesmo dereito que tiña o causante— ou constitutiva —o

transmitido son algunhas das facultades pertencentes ao dereito do que é titular o transmitente ou causante (créase un dereito que antes non existía)—. b) Orixinaria. Adquisición da titularidade dun dereito subxectivo *ex novo*, sen que traia causa dun anterior titular. O contido do dereito que se adquire acomódase ao que constitúe o normal do dereito de que se trate. Os modos paradigmáticos de adquisición orixinaria están constituídos pola usucapión e pola ocupación.

Pola determinación, individual ou non, dos dereitos subxectivos que se transmiten, a adquisición pode ser a título universal e a título particular. A adquisición é a título universal cando implica un subingresso na mesma titularidade patrimonial do causante, situándose o adquirente na mesma posición xurídica que posuía o causante ou transmitente, o centro de todas as relacións de poder e responsabilidade deste (é o que acontece, *v. gr.*, na sucesión por causa de morte, na transmisión que se produce a favor do herdeiro ou nos supostos de fusión, de absorción e de sucesión de sociedades). O adquirente a título universal posúe os mesmos títulos xurídicos que o seu causante, operándose tamén a sucesión procesual deste (artigo 16 da LAC). A transmisión ou sucesión a título particular implica un subingresso do adquirente na titularidade dun dereito subxectivo procedente do patrimonio do causante, sendo un terceiro nas relacións xurídicas do causante. A diferenza entre a adquisición universal e a título particular comporta necesariamente unha distinción entre os dereitos adquiridos. Na sucesión a título universal adquirense necesariamente todos os dereitos que forman parte do patrimonio do causante —ou unha parte alícuota deles—, aos que é chamado o adquirente. Este chamamento non se produce no caso das adquisicións a título particular, nas que se adquiren os dereitos individualizados polo seu obxecto e, no que atinxe ás débedas, non se adquiren, salvo se expresamente se considera a súa asunción.

1.6. A extinción dos dereitos subxectivos

Sen prexuízo da existencia de causas específicas de extinción de determinados dereitos subxectivos que contan cunha regulación típica e do xogo da autonomía privada na súa configuración, pódense enunciar, con carácter xeral, as seguintes causas que determinan a desaparición ou extinción do dereito subxectivo na esfera xurídica do seu titular:

a) A renuncia. Trátase dun negocio xurídico de natureza abdicativa, caracterizado polo feito de que a vontade unilateral do titular actual determina a extinción do dereito. A renuncia é irrevogable unha vez que foi consentida ou xurdiu a favor dun terceiro un dereito como consecuencia da renuncia (*v. gr.*, o terceiro ocupa o ben moble a cuxa propiedade se renunciou). No caso de que a renuncia teña como obxecto o dereito de propiedade, coñécese co nome de abandono. Os límites á eficacia do negocio de renuncia considéraos o artigo 6.2 do CC e están constituídos polo interese ou a orde pública e o prexuízo de terceiro.

b) A perda ou destrución da cousa que constituía o obxecto do dereito subxectivo. Aqueles dereitos subxectivos que sexan inherentes a unha cousa, en sentido xurídico, extínguense cando esta desaparece, tanto en sentido material como en sentido xurídico (*v. gr.*, nos supostos de demanialización). Nos casos en que a perda sexa imputable a un terceiro, este estará obrigado a indemnizar os danos e perdas ocasionados ao titular do dereito que se extingue.

c) A confusión e a consolidación. Determinados dereitos que teñen por obxecto un ben de propiedade allea extínguense por consolidación nos supostos en que o dereito de propiedade e a titularidade do dereito que os grava se reúnen nunha mesma persoa. Os dereitos que teñan por obxecto un dereito de crédito do seu titular fronte a un terceiro extínguense por confusión nos supostos en que, por calquera causa, se reúnen nunha soa persoa as calidades de debedor e de acredor (artigo 1192 do CC).

d) O decurso do tempo: o non uso, a prescrición e a caducidade. No caso de que un terceiro contradiga a titularidade dun determinado dereito subxectivo, o transcurso dun determinado lapso de tempo sen que o seu titular reaccione a través dos mecanismos previstos para a defensa do seu dereito, mediante o exercicio das correspondentes accións xudiciais, determina a prescrición das accións de tutela e, en consecuencia, a correlativa perda do dereito subxectivo. O artigo 1930.II do CC establece que pola prescrición se extinguen todos os dereitos e accións da clase que sexan. É posible tamén, como regra xeral, que no título constitutivo dun dereito se pacte expresamente un prazo determinado de duración deste, cuxo decurso determina a extinción do dereito de que se trate.

A regra xeral é que os dereitos non se extinguen polo seu non uso, mesmo cando este

non uso se prolongue no tempo. O único caso de extinción por non uso é o constituído polas servidumes descontinuas (artigo 546.2º do CC).

e) A morte do seu titular. Os dereitos de natureza vitalicia extínguense pola morte —ou a declaración de falecemento— do seu titular. É o caso do usufruto, se, no caso de usufruto convencional ou negocial non se pactou unha duración temporal determinada no título constitutivo deste e a súa transmisibilidade *mortis causa* (artigo 513.1º do CC), así como dos dereitos reais de uso e de habitación (artigo 529 do CC), e tamén a renda vitalicia (artigo 1802 do CC). Existen dereitos respecto dos que a transmisión *mortis causa* só pode ter lugar a favor de determinadas persoas, de maneira que, en ausencia destas, o dereito se extingue (é o caso, *v. gr.*, dos dereitos do arrendatario de vivenda).

f) O cumprimento da condición. Os dereitos que se adquirisen sometidos a condición resolutoria extínguense cando teña lugar o suceso futuro do cal non se teña certeza de se debe acontecer ou non establecido como condición no título constitutivo do dereito.

2. O EXERCICIO DOS DEREITOS SUBXECTIVOS

2.1. O exercicio dos dereitos subxectivos

Formular, con carácter xeral, a cuestión referente ao exercicio dos dereitos subxectivos é equivalente a considerar a totalidade do seu réxime xurídico, razón pola cal parece que deben atopar acomodo nesta sede o tratamento da representación no exercicio dos dereitos subxectivos, as regras de protección da aparencia xurídica, así como aquelas que disciplinan os supostos de colisión de dereitos subxectivos, cuxo exercicio coetáneo resulte incompatible. A cuestión relativa aos límites intrínsecos do exercicio dos dereitos subxectivos, representados pola boa fe e polo abuso do dereito, é merecedora dun tratamento específico e diferenciado (*infra*, §.3).

2.2. A representación

2.2.1. A representación voluntaria e a representación legal

Os dereitos subxectivos poden ser exercitados polo seu titular, sendo a regra xeral no tráfico xurídico que as persoas físicas operen por si mesmas. Naqueles supostos en que a actuación persoal se presenta como imposible ou desaconsellable, é cando se busca unha terceira persoa que despregue a actividade de que se trate en lugar do directamente

interesado, substituíndoo. Á súa vez, no caso de persoas físicas menores de idade ou incapacitadas, que son titulares de dereitos e de obrigas, as normas xurídicas impoñenlles ás persoas que posúen as facultades de garda legal —patria potestade ou tutela— destas a actuación dos dereitos subxectivos en nome daqueles ou en virtude dunha representación legal. Así mesmo, as persoas xurídicas actúan no tráfico xurídico a través dos seus órganos de representación, integrados por persoas físicas.

O artigo 1259.I do CC establece que *Ningún pode contratar a nome doutro sen estar por este autorizado ou sen que teña pola lei a súa representación legal*. Do tenor literal do devandito precepto deriva, daquela, que a representación pode ser voluntaria ou convencional e legal. En efecto, actuar no tráfico xurídico unha persoa por outra pode atopar a súa orixe:

1º) Na declaración de vontade do propio representado, interesado, conferindo autorización a outra persoa —o representante— para actuar na súa esfera xurídica patrimonial e/ou persoal. No caso da representación voluntaria, os representantes actúan por decisión do interesado —o representado— e en estrita dependencia da súa vontade.

2º) Nunha norma xurídica, en protección dos que, por razón da menor idade, a incapacitación ou a ausencia, non poden ou non deben exercitar por si mesmos os dereitos subxectivos de que son titulares. A diferenza do que acontece nos supostos de representación voluntaria, no caso da representación legal, a vontade do representante non depende da vontade da persoa representada, senón que goza de autonomía, substituíndoa plenamente na súa actividade xurídica.

2.2.2. A representación directa

Tanto o representante legal, como o voluntario, deben actuar en nome do representado, sendo a actuación en nome alleo o dato característico da representación. Desta actuación representativa resultan vinculados o representado e o terceiro —representación directa—. Para poder actuar ante a comunidade xurídica como representante doutra persoa, o representante debe estar facultado legal ou convencionalmente para iso. No caso da representación convencional ou voluntaria, esta autorización articúlase en virtude dun acto de apoderamento, que é un acto unilateral de declaración de vontade do representado que lle confire un poder de representación ao

representado ou apoderado. Este apoderamento pode ser especial —para un asunto concreto— ou xeral —para xestionar unha serie múltiple de asuntos do mandante ou, mesmo, todos os asuntos e negocios do mandante—.

Na práctica non son estraños os supostos en que unha persoa actúa sen contar coa lexitimación que lle confire a existencia de poder de representación, de orixe legal ou convencional, podendo diferenciarse no marco destes supostos de actuación sen lexitimación: 1º) Os supostos de inexistencia de poder. 2º) Os supostos de exceso de actuación representativa —casos de revogación do poder polo representado, de extralimitación nas instrucións recibidas—. Nestes casos en que unha persoa se presenta como representante doutra, sen existir un acto de apoderamento que lexitime a súa actuación, estase en presenza dun *falsus procurator*, cuxas consecuencias se consideran no artigo 1259.II do CC, a teor do cal, o contrato celebrado entre o representante e o terceiro será nulo. Esta consecuencia xurídica prodúcese agás que a persoa ao nome da cal se outorgue ou ratifique antes de ser revogado pola outra parte contratante. A ratificación é unha aceptación *ex post facto* e vén supor un apoderamento *a posteriori*, con eficacia retroactiva e sanadora do defecto do poder da actuación do representante (a data do negocio xurídico ratificado é a do celebrado polo *falsus procurator* e non a da ratificación).

Nos supostos de inexistencia de ratificación, o terceiro poderá actuar fronte ao sedicente representante, ben exercitando a vía penal se concorren os presupostos do tipo delituoso da estafa, ben reclamando, na vía civil, o resarcimento dos danos causados pola actuación falsamente representativa, para o que será necesario que o terceiro pactase de boa fe co *falsus procurator*. O resarcimento dos danos abranguerá o interese contractual negativo.

2.2.3. A denominada representación indirecta ou mediata

A representación indirecta ten lugar naqueles supostos en que o representante actúa en nome propio, sen manifestar ou ocultando conscientemente o nome da persoa por conta da que actúa ou *dominus negoti* —nestes supostos o representante é un mandatario (artigos 1709 e ss. do CC)—. No caso da representación indirecta, a actividade do mandatario non vincula de xeito directo e inmediato o representado e o terceiro, non

existindo ningunha relación entre o mandante e o terceiro cando o mandatario obra no seu propio nome (artigo 1717 do CC). En consecuencia: 1º) O mandante non ten acción contra as persoas coas que o mandatario contratou, nin estas contra o mandante. 2º) O mandatario queda obrigado directamente coa persoa con quen contratou, como se o asunto fose persoal seu.

Se o mandatario actúa en nome alleo, entón situámonos no ámbito da representación directa.

3. BOA FE, ABUSO DO DEREITO E FRAUDE DE LEI

O poder ou as facultades de actuación xuridicamente protexidas que os dereitos subxectivos lles confiren aos seus titulares está suxeito a límites intrínsecos, constituídos pola boa fe e polo abuso do dereito. O dereito imponse aos titulares dos dereitos subxectivos o deber de exercitalos conforme uns módulos determinados, que poden afectar ben á forma do seu exercicio, ben ao fin perseguido a través deste. Naqueles casos en que o titular exercita o dereito subxectivo sen respectar estes límites intrínsecos —ou implícitos—, o acto de exercicio cualifícase como antixurídico e non atopa abeiro na norma xurídica, por ser contrario ás exixencias de exercicio conforme as regras da boa fe, ou por cualificarse, obxectivamente, como un exercicio anormal, excesivo ou carente dunha finalidade seria e lexítima —exercicio abusivo do dereito—.

3.1. A boa fe

A exixencia do exercicio dos dereitos subxectivos conforme os postulados da boa fe é común nos ordenamentos xurídicos comparados. No ordenamento xurídico español esta exixencia está considerada expresamente no artigo 7.1 do CC —que debe ser completado coa previsión contida no artigo 1258 do CC, en canto á integración das obrigas *ex contractu*—, como un límite intrínseco ao exercicio dos dereitos subxectivos, prescribindo o precepto que «*deberán exercitarse conforme as exixencias da boa fe*». A través deste precepto, o principio xeral de actuación conforme a boa fe elévase ao rango de norma legal, con todo o contido ético e social que o integra. A boa fe, como límite intrínseco ao exercicio dos dereitos subxectivos, presenta tanto un aspecto obxectivo como un aspecto subxectivo. No aspecto obxectivo, a boa fe preséntase como un deber de comportamento dilixente, de tal maneira que servirá para modular o contido do dereito subxectivo,

adaptándoo ás regras obxectivas da honradez no tráfico xurídico negocial, que leva a confiar e a crer na palabra dada, de maneira que unha declaración de vontade producirá os mesmos efectos que, de ordinario, produciu en casos similares, obrando con rectitude e lealdade. No aspecto subxectivo, a boa fe vincúlase co seu contido ético, como confianza e crenza do suxeito titular do dereito subxectivo de obrar de xeito dilixente, sendo así compatible coa concorrencia dun erro escusable.

Como corolarios da exixencia da boa fe no exercicio dos dereitos subxectivos, poden enunciarse os seguintes, elaborados pola moderna doutrina alemá, e que presentan como nota común a exixencia de adoptar un comportamento coherente:

1º) A interdicción da actuación contraria aos propios actos e á confianza lexítima xerada por estes nun terceiro, consistente en que o dereito non sería exercitado ou o sería dun determinado xeito. A STS do 20 de decembro de 1996 [RX 1996\9277] precisou a concorrencia dos requisitos que deben concorrer para a súa aplicación: o acto que se pretende combater debe ser adoptado e verificado con plena liberdade de criterio e vontade non coartada; debe existir un nexo causal eficiente entre o acordo adoptado e o acto realizado e a súa incompatibilidade coa conduta posterior; e a acción debe ser concluínte e indubidable. En consecuencia: a) A simple pasividade ou o silencio non permite o xogo da doutrina dos propios actos. b) O mantemento dunha discusión entre os suxeitos, mediante actos inequívocos, impide apreciar a concorrencia dun suposto ao que a doutrina resulte de aplicación. c) Os actos propios deben provir dunha mesma persoa, actuando coa mesma representación.

2º) A interdicción do atraso desleal no exercicio dun dereito. Este límite refírese aos supostos en que o exercicio dun dereito subxectivo non prescrito poida resultar, polo mero transcurso do tempo, inadmisibile. A tese ten a súa orixe na doutrina alemá e foi obxecto de especial atención por esta, coa denominación de *Verwirkung*. De conformidade coas exixencias da boa fe, un dereito subxectivo non se pode exercitar cando o seu titular non se preocupou, durante un longo lapso de tempo, de facelo valer e deu lugar, coa súa actitude omisiva, a que o adversario poida esperar, obxectivamente, que xa non se exercitará. A omisión do exercicio do dereito subxectivo durante un lapso de tempo é un requisito esencial da *Verwirkung*, pero non é suficiente, precisándose, adicionalmente, que

o exercicio actual apareza como desleal e intolerable para o adversario, desde unha perspectiva obxectiva, con independencia, entón, de cales foran as causas do retardo e da inactividade, mesmo aínda que o titular non tivese coñecemento do dereito subxectivo ou da pretensión que o asistía, perseguíndose con esta doutrina unha finalidade obxectiva de normalización das situacións xurídicas.

Sen prexuízo de que a xurisprudencia española admita que as accións de tutela dos dereitos poidan ser exercitadas ata o último momento hábil do prazo de prescrición, en determinados supostos, a doutrina xurisprudencial aplica o límite da boa fe para evitar que se defraude a confianza lexítima de terceiros no non exercicio dun dereito cando transcorrese un dilatado período de tempo de inactividade polo seu titular.

3º) A pretensión de nulidade dun negocio xurídico con fundamento en defectos formais nos casos en que quen pretenda facer valer aquela causa de nulidade a provoque ou consentise a validez e eficacia do negocio durante un período de tempo, executando as prestacións que deste derivan ou temperando a súa actuación ao seu contido (v. gr., SSTs do 14 de outubro de 1991 [RX 1991\6917] —petición de nulidade dun subarrendamento, con fundamento na exixencia de forma escrita do art. 8 da LAU, cando o propio arrendador o consentise verbalmente— e 9 de maio de 1994 [RX 1994\3894] —no caso da nai dun menor que actúa como vendedora no contrato e que exercita a acción de anulabilidade deste por falta de autorización xudicial, estimando o TS a ausencia de lexitimación activa desta, por ser unha actuación contraria aos seus propios actos—).

3.2. O abuso do dereito

O artigo 7.2 CC establece que *a lei non ampara o abuso do dereito ou o exercicio antisocial deste. Todo acto ou omisión que, pola intención do seu autor, polo seu obxecto ou polas circunstancias en que se realice, supere manifestamente os límites normais do exercicio dun dereito, con dano para terceiro, dará lugar á correspondente indemnización e á adopción das medidas xudiciais ou administrativas que impidan a persistencia no abuso.*

A extralimitación no exercicio do propio dereito subxectivo que permite a súa cualificación como abusivo pode producirse: 1º) Pola intención do titular do dereito, constituída pola causación dun prexuízo a un terceiro, sen existir un fin serio e lexítimo

que ampare este exercicio. 2º) Pola finalidade obxectiva obtida co exercicio, constituída polo prexuízo alleo, sen beneficio propio ou o exercicio do dereito que se utiliza para servir a unha función ou a un interese distinto daquel para o que foi concibido ou un exceso no seu exercicio. 3º) Polas circunstancias en que se realice, que son as concretas que rodean o acto de exercicio que se pretende cualificar, en consideración á situación dos suxeitos que interveñen, o tempo, o lugar e o modo de exercicio, de maneira que, se son anormais, o exercicio pode constituír un abuso do dereito que se exercita (a STS do 21 de maio de 2006 [RX 2006\612] avala a existencia de abuso do dereito sen necesidade da concorrencia da intención de danar ou de lesionar intereses lexítimos ou xuridicamente protexidos dun terceiro).

En esencia, a teoría do abuso do dereito constrúese sobre a interdicción de superar os límites externos do seu contido —determinados polas concepcións vixentes en cada contexto histórico-social—, en tanto que, se estes son traspasados, desaparece o abuso, para entrar no ámbito dos actos ilícitos subsumibles nas normas reguladoras da responsabilidade civil extracontractual. A xurisprudencia considera que o abuso do dereito é un remedio de carácter extraordinario ou excepcional e que, en consecuencia, debe ser obxecto dunha aplicación restritiva (entre outras, STS do 20 de xuño de 2008 [RX 2008\4263]).

As consecuencias xurídicas vinculadas á cualificación do exercicio dun dereito subxectivo como abusivo difiren en función de se se lle causou un dano a un terceiro ou non. Se o dano non se causou, a consecuencia xurídica radica na falta de amparo ou tutela do exercicio do dereito polo seu titular, que non vai poder solicitar o amparo dos órganos xurisdicionais para a súa protección. No caso dun exercicio abusivo e danoso, o prexudicado está lexitimado activamente para instar a adopción de medidas xudiciais e/ou administrativas que impidan a persistencia no abuso —pode instar a cesación da conduta que causa o dano a través dunha pretensión inhibitoria—, así como para exercitar a correspondente acción de reparación —en forma específica— ou de indemnización e a remoción das situación fácticas nadas ao seu amparo.

3.3. A fraude de lei

O artigo 6.4 do CC dispón que os actos realizados ao abeiro do texto dunha norma

que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se tivese tratado de eludir.

A nota característica da fraude de lei radica no feito de que, malia existir un acto ou un negocio xurídico de contravención dunha norma imperativa ou prohibitiva, existe unha aparencia de protección do resultado. Os requisitos que deben concorrer para que un determinado acto ou negocio xurídico se poida considerar realizado en fraude de lei son os que seguen:

1º) A existencia dunha norma defraudada.

2º) A aparencia de protección do resultado —existencia dunha norma de cobertura—.

3º) A aparencia de protección que resulta da norma de cobertura debe resultar insuficiente, pois, no caso de que o resultado estivese protexido por ela, estaríamos ante un suposto de conflito ou de concorrencia de normas que deberá resolverse conforme os principios xerais de xerarquía normativa ou de especialidade (STS do 23 de febreiro de 1993 [RX 1993\1227]).

4º) Concorrencia dun elemento subxectivo, constituído polo ánimo fraudulento.

A xurisprudencia do TS considera que o fin único da doutrina da fraude é a defensa do cumprimento da lei, non a represión do concerto e intención maliciosa (*v. gr.*, SSTS do 26 de febreiro de 2001 [RX 2001\1491] e do 20 de xullo de 2006 [RX 2006\4734]). Abonda entón a concorrencia dun elemento obxectivo —a contravención da norma defraudada, amparándose nunha norma de cobertura, insuficiente, que lle confire ao acto de contravención unha mera aparencia de adecuación a dereito— para poder afirmar a existencia dun suposto de fraude de lei.

A consecuencia de que un acto ou negocio xurídico se cualifique como realizado en fraude de lei determina a aplicación da sanción que corresponda á contravención da norma defraudada, que non é necesariamente a nulidade, senón que se aplica a norma cuxa aplicación se tratou de eludir. No caso de que se ocasionasen danos a terceiros de boa fe, estes están protexidos polo instituto da responsabilidade civil extracontractual (*ex* artigos 1902 e concordantes do CC).

4. A RELACIÓN XURÍDICA

A relación xurídica é unha situación xurídica intersubxectiva organizada unitariamente para a consecución dunha específica finalidade. Deste concepto deriva que a relación xurídica é: 1º) Unha situación ou posición xurídica ou manifestación estática da realidade xurídica, o que a diferencia dos feitos xurídicos. 2º) Unha posición xurídica en si mesma considerada, de maneira que, para que exista unha relación xurídica, non fai falta que se estea a actuar o seu contido, non é preciso un exercicio actual, pois subsiste de igual xeito (v. *gr.*, relación xurídica de patria potestade nos casos en que está suspendido o seu exercicio; relación xurídica matrimonial, nos supostos de separación conxugal, etc.). 3º) É unha relación intersubxectiva —unha manifestación da alteridade do dereito—. En palabras de DE CASTRO, a relación xurídica determina a conexión existente entre as persoas e a respectiva condición xurídica que, dentro da relación, adquire cada unha delas. 4º) Está organizada unitariamente e iso desde unha dobre perspectiva: a) Porque a relación xurídica se concibe como unha unidade entre a realidade social e a forma xurídica —entre sociedade e dereito—, de forma que non se pode definir tan só como unha relación social con efectos xurídicos —como pretenden as correntes socioloxistas—, nin tampouco como unha pura regulación xurídica dunha realidade social —como sosteñen as correntes formalistas ou normativistas—. En efecto, é unha conxunción de materia xurídica e materia social conformada xuridicamente. b) Desde a perspectiva do contido da relación xurídica, esta constitúe unha unidade orgánica —VON SAVIGNY—, que se manifesta na interconexión ou ligazón existente entre os dereitos e os deberes que conforman o seu contido.

Unha das especies da relación xurídica é precisamente o dereito subxectivo, que é unha relación xurídica derivada doutra básica.

BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El ejercicio de los derechos», en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972; DÍEZ-PICAZO, L. *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963; *ibídem*, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo T.P. del C.C. y el problema de sus recíprocas relaciones», *D.J.*, núm. 4, 1974; MIQUEL GONZÁLEZ, J.

Ma: «Observaciones en torno a la buena fe», *Libro homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1990; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965; *ibidem*, «La buena fe en el Título Preliminar», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, A.A.M.N., Madrid, 1977; ROGEL VIDE, V. (y otro): *La doctrina de los propios actos. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, Madrid, 2005; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El fraude a la ley», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Vol. I, A.A.M.N., Madrid, 1977; SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la ley (Estudio analítico del artículo 6.4º del Código civil en la doctrina y la jurisprudencia)*, Barcelona, 1989; THON, A.: *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padua, 1951; TUR FAÚNDEZ, N.: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011; WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

TEMA 4

O TEMPO NO DEREITO OBXECTIVO: ÁMBITO TEMPORAL DAS NORMAS. O TEMPO EN RELACIÓN COS DEREITOS SUBXECTIVOS E COAS ACCIÓNS: PRESCRICIÓN E CADUCIDADE. CÓMPUTO DO TEMPO. EFICACIA ESPACIAL DAS NORMAS

TEMA 4. O TEMPO NO DEREITO OBXECTIVO: ÁMBITO TEMPORAL DAS NORMAS. O TEMPO EN RELACIÓN COS DEREITOS SUBXECTIVOS E COAS ACCIÓNS: PRESCRICIÓN E CADUCIDADE. CÓMPUTO DO TEMPO. EFICACIA ESPACIAL DAS NORMAS

1. O TEMPO NO DEREITO OBXECTIVO: ÁMBITO TEMPORAL DAS NORMAS

1.1 Publicación e entrada en vigor

Coa expresión "comezo de vixencia" désígnase o momento a partir do cal as leis entran en vigor e resultan aplicables, ben para conceder dereitos, ben para establecer prescricións. No ordenamento xurídico español, a entrada en vigor está vinculada á publicación da norma, que a Constitución garante tanto no artigo 9.3 CE — *"a Constitución garante (...) a publicidade das normas"* (cfr. tamén a STC do 2 de novembro de 1989 onde se sinala o fundamento da necesidade de publicación das leis)— como no artigo 91 CE respecto das normas emanadas polas Cortes Xerais — *"o rei sancionará no prazo de quince días as leis aprobadas polas Cortes Xerais, e promulgaraas e ordenará a súa inmediata publicación"*—. En definitiva, non teñen cabida no ordenamento xurídico español as *normas secretas*: todas deberán ser publicadas de modo que poidan ser coñecidas polos seus destinatarios.

No ámbito do Código civil, o artigo 2 establece que *"as leis entrarán en vigor aos vinte días da súa completa publicación no Boletín Oficial del Estado, se nelas non se dispón outra cousa"*. Este período de *vacatio legis* regulado polo artigo 2.1 Cc. resulta de aplicación a toda disposición normativa, independentemente de cal sexa o seu carácter e posición na estrutura xerárquica normativa. Así pois, a determinación da entrada en vigor dunha norma condiciónase, de entrada, á súa completa publicación en:

- o *Boletín Oficial del Estado* se se trata de disposicións estatais,
- o *Diario Oficial das Comunidades Europeas* se se trata de normas de ámbito comunitario,
- se se trata de normas autonómicas, a publicación enténdese referida ao boletín oficial da comunidade e non ao *Boletín Oficial del Estado* —onde tamén se publica, aínda que sen carácter constitutivo (cfr. autos TC. 28 de novembro de 1989 e 24 de febreiro de

2004).

Se a norma se publica en varios días, entenderase publicada cando finalice a publicación.

Xunto coa publicación, a data de entrada en vigor tamén está suxeita á *vacatio legis*; isto é, o período durante o que a norma está "en suspenso" —*vacatio legis*: vacación da lei—. Así, o Código civil no artigo 2.1 establece unha *vacatio legis* de vinte días que ten carácter supletorio: só entra en xogo cando "*nelas —as leis— non se dispón outra cousa*". Deste xeito, unha norma pode entrar en vigor:

a) no momento da publicación, se así o dispón expresamente a norma (cfr. art. 2.1 Cc.). A publicación constitúe o límite mínimo de entrada en vigor das normas: o comezo de vixencia dunha disposición non pode ser anterior á publicación (cfr. art. 9.3 CE);

b) aos vinte días da publicación, ben porque así o dispoña expresamente a norma —cousa pouco frecuente—, ben porque non estableza nada explicitamente e entre en xogo o período supletorio do Código civil (cfr. art. 2.1 Cc.);

c) tras o período distinto de vinte días —ben menor, ben maior— que explicitamente estableza a norma. O lexislador non ten un límite temporal máximo a partir do cal entran en vigor as normas.

Dito o anterior, cómpre sinalar que é frecuente que se exceptúe o prazo establecido polo artigo 2.1 Cc., de modo que é relativamente habitual que as normas entren en vigor o *mesmo día* da publicación, chegando a converterse nunha cláusula de estilo a seguinte: "esta norma entrará en vigor o mesmo día da súa publicación no Boletín Oficial...". Así mesmo, e malia ser algo infrecuente, cabe precisar que o lexislador tamén pode prorrogar o prazo previamente fixado, sempre que o faga mediante unha norma do mesmo rango que aquela cuxa entrada en vigor se pretende prorrogar; así aconteceu, p. ex., coa primeira edición do Código civil: o Real decreto do 11 de febreiro de 1889 estableceu que "se declara prorrogado ata o 1 de maio deste ano o prazo dos sesenta días establecido na Lei do 11 de maio de 1888".

1.2 Derrogación e termo de vixencia

1.2.1 Introducción

En principio, as leis créanse *ad futurum* sen establecerse unha data temporal de vixencia: as disposicións normativas son tendencialmente permanentes, xa que non teñen un período de vixencia limitado. De todos os xeitos, existen excepcións a esta norma xeral. Así, hai leis temporais e normas-medida.

As leis temporais son disposicións normativas que teñen un período de vixencia determinado, de maneira que unha vez que transcorre deixan de estar en vigor. O artigo 4.2 do Código civil refírese a elas como "*leis de ámbito temporal*": "*as leis (...) de ámbito temporal non se aplicarán a supostos nin en momentos distintos dos comprendidos expresamente nelas*".

Pola súa banda, as normas-medida son disposicións que se ditan en atención a unha determinada circunstancia, motivo ou situación —*ocassio legis*—, de maneira que cando desaparece aquela deixará de despregar os seus efectos —*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*—: a vixencia destas normas conxunturais decaerá cando desapareza a "conxuntura" —*ocassio legis*— que lle daba razón de ser.

1.2.2 Tipos de derogación

Á marxe da excepción sinalada —leis temporais ou conxunturais—, o habitual é que a eficacia ou vixencia das leis cese unicamente pola súa derogación por unha norma posterior —*lex posterior derogat anterior*—. Así o sinala o artigo 2 do Código civil: "*as leis só se derrogan por outras posteriores*". Deste modo, unha lei estará vixente ata que se dite outra que a contradiga ou derroque. Agora ben, para que tal derogación —e, polo tanto, perda de vixencia da norma derogada— se produza é preciso que:

- a) a norma derogante sexa do mesmo rango normativo ou superior que a derogada;
- b) a norma derogante e a derogada formen parte do mesmo ordenamento;
- c) ambas as dúas normas se refiran a unha mesma materia e a regulen de xeito diverxente ou diverso; isto é, que sexan incompatibles en canto á regulación material.

De non concorreren tales requisitos, non se producirá a substitución dunha norma por outra que leva consigo a derogación.

Polo que atinxe aos tipos de derogación, o artigo 2 do Código civil sinala o seguinte: *"A derogación terá o alcance que expresamente se dispoña e estenderase sempre a todo aquilo que na lei nova, sobre a mesma materia, sexa incompatible coa anterior"*. Do texto transcrito dedúcese que existen dúas clases de derogación:

a) *expresa*: a norma derogante sinala de maneira explícita as normas a que afecta e que deixan de ter vigor. Pódeo facer de xeito específico cando estableza as particulares disposicións afectadas —*norma derogatoria concreta*—, ou de xeito xeral indicando que calquera disposición que se opoña á nova regulación queda derogada —*norma derogatoria xenérica*—. Evidentemente, esta última posibilidade —cómoda para o lexislador— pode xerar problemas interpretativos para determinar que normas quedan derogadas por contradicirse coa nova. En cambio, a norma derogatoria concreta —máis traballosa para o lexislador— evita tales problemas interpretativos. Así as cousas, non é infrecuente que, tras a enunciación polo lexislador dalgunhas normas concretas que quedan derogadas pola lei de que se trate, inclúa tamén, a xeito de cláusula de peche, unha norma derogatoria xenérica.

b) *tácita*: a norma derogante non sinala de forma explícita as disposicións cuxa vixencia queda afectada, pero quedarán derogadas todas aquelas que se contradigan coa nova disposición; as que regulen o mesmo suposto de modo diverso.

Neste ámbito, o Tribunal Supremo sinalou que para que se produza derogación tácita cómpre que concorran tres requisitos: igualdade de materia de ambas as dúas leis, identidade de destinatarios, contradición e incompatibilidade entre os fins de ambas as dúas normas (cfr. SSTS do 31 de outubro de 1996 e do 20 de marzo de 2000). A facultade de determinar cales son as normas derogadas correspóndelles aos xuíces e tribunais.

1.2.3 Alcance da derogación

Cuestión diversa á anterior é a que atinxe ao alcance da derogación; isto é, canto ou que pode ser derogado. Neste punto, tanto a derogación expresa como a tácita poden ter un alcance total ou parcial:

a) *derogación total*: cando a lei anterior queda absolutamente privada de efecto e vixencia;

b) derogación parcial: unicamente queda sen vixencia parte da lei anterior.

A opción por un ou outro sistema é unha cuestión técnica e de política lexislativa que depende de variados factores: circunstancias, contidos de ambas as dúas leis, extensión da lei anterior, etc. Por tal motivo, o artigo 2.2 do Código civil unicamente sinala: *"a derogación terá o alcance que expresamente se dispoña e estenderase sempre a todo aquilo que na lei nova, sobre a mesma materia, sexa incompatible coa anterior"*.

Ao anterior hai que engadir tamén que, de acordo co criterio xurisprudencial maioritario, a derogación dunha lei alcanza tamén as de rango inferior que dependan da que foi derogada, salvo que a lei derogante estableza expresamente o contrario (cfr. SSTs do 10 de maio de 1980 e do 22 de maio de 1989).

Xunto con iso, e tal e como dispón o artigo 2 *in fine* do Código civil, non se producirá a reviviscencia automática dunha norma anterior derogada pola que agora queda sen eficacia. Para iso é preciso que a lei derogante o estableza expresamente: *"pola simple derogación dunha lei non recobran vixencia as que esta derogase"*. Agora ben, o anterior non impide recoñecer a posible ultraactividade da lei derogada; isto é, a súa habilidade para seguir producindo algúns efectos unha vez derogada respecto de situacións creadas durante a súa vixencia.

1.3 A irretroactividade das leis

1.3.1 O dereito transitorio

Segundo quedou dito, as leis son tendencialmente permanentes cara ao futuro e só adoitan quedar sen efecto por medio da derogación, que introduce unha nova ordenación sobre unha determinada materia. Pois ben, unha das cuestións a que ha de responder a norma derogante é sobre se, ademais de aplicarse cara ao futuro, se aplica tamén cara ao pasado; é dicir, se ademais de regular as situacións xurídicas nadas con posterioridade á súa publicación ha de regular tamén —e en que medida— as producidas con anterioridade; en fin, se cabe recoñecer algo de ultraactividade á norma derogada.

Os problemas orixinados pola sucesión de leis no tempo adoitan resolverse por medio do *dereito transitorio ou intertemporal*. Este consiste no conxunto de disposicións que se pronuncia e trata de solucionar as cuestións relativas ao ámbito de aplicación temporal da

nova lei e á eficacia que se lle deberá dar en relación coa disposición derrogada. En efecto, á vista de que as relacións xurídicas nadas baixo a normativa anterior non poden desaparecer —facer como que nunca tivesen existido—, cómpre que haxa unhas disposicións que determinen que sucede con elas, como lle afecta o "tránsito" dunha lei a outra.

Dúas opcións son as que pode establecer o dereito transitorio: que a nova lei discipline todos os supostos que xurdan desde a súa entrada en vigor, así como os efectos non consumados da anterior (retroactividade), ou que a nova lei rexa só os supostos que xurdan desde a súa entrada en vigor, aplicándose a anterior para os efectos xurdidos durante a súa vixencia temporal e que non se tivesen consumado (irretroactividade).

Así as cousas, a retroactividade —que a nova lei incida nas situacións ou efectos que traen causa da norma precedente— é máis acorde coa pretendida evolución e progreso do ordenamento xurídico. En efecto, a retroactividade fai que as situacións xurídicas creadas baixo a lexislación anterior se deban adaptar á nova regulación. En tal sentido, o Tribunal Constitucional recoñece que a interdicción absoluta da retroactividade "conduciría a situacións conxeladoras do ordenamento xurídico, á petrificación de situacións dadas" (cfr. SSTC 8/1982, do 4 de marzo, e 126/1987, do 16 de xullo).

Pola súa banda, a irretroactividade —a incapacidade da nova normativa de rexer situacións xa reguladas pola anterior que se deberán seguir rexendo por ela— dificulta a citada evolución e progreso do dereito, pero é máis acorde coa seguridade xurídica. En efecto, os actos realizados baixo unha determinada regulación non han de adaptarse ás novas disposicións, senón que seguen rexéndose por aquela; noutras palabras, non poden verse axuizados coa lei nova, senón por aquela baixo a que se xeraron.

1.3.2 Graos de retroactividade

Se o lexislador opta por recoñecer que unha norma ten capacidade para disciplinar actos ou situacións creadas ao abeiro da normativa que derroga, pode establecer diversos graos. En efecto, ademais de aplicarse ás novas situacións que xurdan tras a súa entrada en vigor, pode matizar a que actos ou efectos anteriores se aplica:

a) *retroactividade en grao mínimo*: a nova norma aplícase aos efectos que orixinen as situacións xurdidas baixo a normativa anterior pero que se produzan tras a entrada en

vigor da nova lei.

b) *retroactividade en grao medio*: a nova norma aplícase aos efectos que orixinan as situacións xurdidas baixo a normativa anterior que se produzan tras a entrada en vigor da nova lei e tamén aos que se producisen con anterioridade pero non se consumasen; polo tanto: os que se consuman e os que se produzan tras a entrada en vigor da nova lei;

c) *retroactividade en grao máximo*: xunto cos supostos mencionados, a nova norma aplícase tamén aos efectos xa consumados baixo a lei anterior.

1.3.3 Regulación legal da retroactividade ou irretroactividade

A Constitución española, no artigo 9.3, garante "*a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais*". Así pois, agás en tales supostos, déixase á decisión do lexislador ordinario a opción pola retroactividade ou non das normas e o seu grao; isto é, a incidencia que ten a norma que se publica nas situacións ou efectos xurídicos que traen causa da norma precedente. Para efectuar esta opción, cuxa expresión adoita conterse no que denominamos como dereito transitorio, o lexislador deberá valorar os beneficios e as consecuencias negativas de cada unha delas respecto da situación de que se trate, pois non cabe afirmar que a retroactividade sexa algo negativa en todo caso —p. ex., cando a nova norma elimine discriminacións ou rebaixe requisitos para obter determinados beneficios—.

Do precepto constitucional transcrito dedúcese tamén que, de se establecer a retroactividade nos supostos de "*disposicións sancionadoras non favorables*" —aínda que sexa en grao mínimo—, a norma en cuestión será inconstitucional (cfr. STC 27/1981, do 20 de xullo).

A expresión "*disposicións sancionadoras non favorables*" débese conectar, de entrada, co establecido polo artigo 25 da propia Constitución: "*ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de se produciren non constitúan delito, falta ou infracción administrativa, segundo a lexislación vixente naquel momento*". En coherencia con iso, as normas que sexan sancionadoras e non favorables —con independencia da rama do ordenamento xurídico onde se conteña a sanción: ámbito penal, administrativo, civil, etc.— serán en todo caso irretroactivas. Cuestión distinta é que se trate dunha norma sancionadora pero favorable —p. ex., porque rebaixa as penas

privativas de liberdade—.

Pola súa parte, e de acordo coa interpretación efectuada polo Tribunal Constitucional, a expresión "*restritivas de dereitos individuais*" débese entender referida aos dereitos fundamentais que se conteñen no título primeiro da Constitución (cfr. STC 27/1981, do 20 de xullo, e 42/1986, do 10 de abril).

Así as cousas, cómpre sinalar tamén que o Tribunal Constitucional distingue entre *retroactividade auténtica* —a que denominamos en grao máximo— e *impropia* —en grao medio—, e entende que esta última non constitúe retroactividade para os efectos do artigo 9.3 CE (cfr. SSTC 126/1987, do 16 de xullo, e 227/1988, do 29 de novembro). Deste xeito, a interpretación dada polo TC do citado precepto permitiría a súa aplicación a situacións xurdidas con anterioridade e que estean en curso pero cuxos efectos non se consumasen (cfr. STC 42/1986, do 10 de abril).

Polo que se refire ao Código civil, no artigo 2.3 establécese que "*as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario*". Así pois, sinálase que o principio xeral será a irretroactividade das normas, salvo que se indique o contrario. Esta indicación en contrario pode realizarse de modo expreso —a norma establece explicitamente que as súas disposicións se aplican a situacións anteriores, sinalando o grao—, ou efectuarse de xeito tácito —non se fai referencia expresa á retroactividade pero do sentido da propia lei ou do seu espírito e finalidade dedúcese a aplicación "cara a atrás" e o grao de aplicación (cfr. STS do 26 de maio de 1969 e Resolución da DXRN 14 de marzo de 1990)—. Sendo iso así, e como aplicación concreta da retroactividade tácita, cabe afirmar que as normas aclaratorias, as que suavicen unha exixencia anterior por considerala excesiva, así como as interpretativas, están dotadas de eficacia retroactiva (cfr. resolucións da DXRN 25 de abril de 1988, 25 de novembro de 2003 e a STS do 6 de marzo de 1991).

Unha última regra cabe sinalar: se, como se dixo, en principio ha de estarse pola irretroactividade da lei (cfr. STS do 28 de novembro de 1995), cando haxa dúbidas acerca do grao de retroactividade dunha disposición normativa haberá de estarse polo menor grao posible. Esta regra, aínda que non contida expresamente na lei, foi formulada pola xurisprudencia baseándose nos textos legais. Así, a sentenza do 19 de abril de 1988 entende que o artigo 2.3 Cc. non permite unha interpretación extensiva da retroactividade

a supostos que non se achen expresamente contidos no seu mandato; ou a sentenza do 13 de xullo de 1984, que entende que do citado precepto se deduce tamén que a interpretación das normas de dereito transitorio se ha de efectuar en sentido restritivo, sen estender os termos legais a situacións non consideradas.

1.3.4 As disposicións transitorias do Código civil

Igual que fan outras normas, o Código civil regulou nas súas trece disposicións transitorias os problemas que derivaron da súa aplicación con respecto á lexislación civil anterior. Tendo en conta a magnitude do cambio lexislativo (cfr. art. 1976 Cc. *"todos os corpos legais, usos e costumes que constitúen o dereito civil común en todas as materias que son obxecto deste código"*), o dereito transitorio do Código civil é especialmente amplo. De todos os xeitos, das trece disposicións, as contidas nas disposicións quinta ata a undécima perderon significado tras as primeiras décadas de vixencia do código. En cambio, as disposicións primeira a cuarta e a última teñen plena vixencia e actualidade, e regulan problemas de dereito intertemporal que adquiriron a categoría de *dereito transitorio común* do ordenamento xurídico —non só do dereito civil—. A súa aplicación ten carácter subsidiario en dous supostos:

a) cando a norma en cuestión careza de dereito transitorio propio —ben parcialmente, ben na súa totalidade— para resolver os problemas que xurdan da sucesión de tal lei —cuestión que queda en mans do lexislador que promulgue a norma—. En tal sentido, o Tribunal Supremo declarou de xeito reiterado o valor común do dereito transitorio do Código civil, establecendo a súa aplicación analóxica (cfr. art. 4.3 Cc., SSTS do 1 de xullo de 1988 —Sala 6ª—, 2 de xuño de 1989 —Sala 3ª—, 13 de abril de 1989 —Sala 1ª— e tamén a Resolución da DXRN do 16 de abril de 1991);

b) cando a norma en cuestión remita de xeito específico a tales disposicións transitorias —p. ex., a xa derogada Compilación de dereito civil de Aragón—.

No que se refire ao contido do dereito transitorio do Código civil, cabe referirse a cinco regras:

a) pártese do principio do carácter irretroactivo das variacións do Código civil que resulten prexudiciais aos dereitos adquiridos segundo a lexislación civil anterior;

b) os dereitos nados de feitos realizados baixo a lexislación anterior rexeranse por ela (DT 1ª);

c) os actos e contratos celebrados baixo a lexislación anterior producirán efectos segundo ela (DT 2ª);

d) non se aplicarán as normas do Código que sancionen con penalidade civil ou privación de dereitos os actos ou omisións realizados se carecían de sanción baixo a lexislación anterior (DT 3ª);

e) as accións e os dereitos nados e non exercitados antes de rexer o código subsistirán coa extensión e nos termos recoñecidos pola lexislación anterior, mesmo cando se teñan que suxeitar ao establecido no código respecto do seu exercicio, duración e procedemento para facelos valer (DT 4ª).

Así mesmo, a disposición transitoria 13ª contén unha norma de peche que ordena a aplicación dos principios que serviron de inspiración para a redacción do dereito transitorio cando haxa algún suposto non previsto especificamente por tales disposicións.

2. O TEMPO EN RELACIÓN COS DEREITOS SUBXECTIVOS E AS ACCIÓNS: PRESCRICIÓN E CADUCIDADE

2.1 Prescrición extintiva e prescrición adquisitiva

O tempo incide tanto no nacemento como na extinción dos dereitos subxectivos. En tal sentido, a prescrición e a caducidade son dous fenómenos que lle conceden certa transcendencia ao transcurso do tempo.

Polo que á prescrición se refire, cabe definila como "medio de defensa de que pode servirse a persoa contra a cal o titular dun dereito subxectivo exercita unha pretensión, cando transcorreu sen interrupción legal o prazo establecido para o exercicio da dita pretensión polo ordenamento e sempre que concorran os demais requisitos que este exige en cada caso" (DE PABLO). Tal definición fai referencia á *prescrición extintiva*, isto é, cando o transcurso do tempo implica a perda ou decadencia do exercicio dos dereitos —que é a que estudaremos aquí—. Con todo, tamén cabe referir o termo prescrición á *prescrición adquisitiva ou usucapión*. En tal caso, o transcurso do tempo orixina o nacemento ou consolidación dun dereito a favor dunha persoa, sempre e cando se dean unha serie de

requisitos —aparencia xurídica, concepto de dono ou titular do dereito, etc.—.

Tanto a prescrición extintiva como a adquisitiva mostran o diverso efecto que produce o transcurso do tempo nos dereitos: nun caso, é un medio de defensa fronte a unha pretensión —non é, en si mesma en todo caso, un modo de extinción dos dereitos—; noutro, crea ou consolida dereitos. Así mesmo, o ámbito de ambos os dous fenómenos é parcialmente diverso: mentres que a prescrición extintiva afecta a todos os dereitos subxectivos —loxicamente non aos que sexan imprescritibles—, a adquisitiva incide unicamente nos que sexan susceptibles de posesión —a propiedade e outros dereitos reais—. Non obstante, cando ambos os dous fenómenos coinciden no obxecto —p. ex., respecto da propiedade— constitúen "dúas caras dunha mesma moeda": o transcurso do tempo supón para o posuidor demandado a adquisición dun dereito por medio da usucapión e, á vez, e para o demandante, a prescrición da acción real que exercita. En tal caso, a usucapión e a prescrición extintiva veñen ser "vertentes ou puntos de mira diversos, pero conexos, dun mesmo fenómeno xurídico" pois aquela "leva inherente a prescrición extintiva do dereito do primitivo titular, que deixa de selo polo seu abandono unido á adquisición do outro (STS do 6 de marzo de 1991).

2.2 Presupostos da prescrición e obxecto

Para que poida ter lugar a *prescrición extintiva*, cómpre que concorran catro presupostos:

a) que se trate dun dereito prescritable: se o dereito non é susceptible de prescrición, polo transcurso do tempo non pode ter lugar aquela. En termos xerais, os dereitos débense considerar prescritibles —de xeito especial os subxectivos de carácter patrimonial— (cfr. art. 1930.2 Cc.); o excepcional é, pois, a imprescritibilidade —p. ex., dereitos subxectivos extrapatrimoniais: dereitos da personalidade, etc.—;

b) inactividade por parte do titular do dereito: que non exercite o dereito de que en cada caso se trate;

c) que transcorra o prazo do tempo establecido pola lei en cada suposto;

d) e, finalmente, alegación da prescrición por parte do beneficiario fronte ao exercicio extemporáneo do titular.

Cumpridos tales requisitos, producirase a prescripción. Agora ben, cabe sinalar que a prescripción non ten un fundamento subxectivo —non descansa nunha presunción de abandono do dereito por falta de exercicio polo seu titular—, senón obxectivo —defensa da seguridade xurídica—. En efecto, a prescripción pode ter lugar mesmo cando teña habido exercicio do dereito polo titular pero por medios inaxeitados: non toda falta de exercicio do dereito é, polo tanto, presuposto da prescripción. En definitiva, a razón a que responde o fenómeno da prescripción é a necesidade de garantir a seguridade xurídica no tráfico: que non se perpetúen no tempo situacións de incerteza (cfr. STC 147/1986, do 25 de novembro).

Polo que se refire ao obxecto da prescripción, o artigo 1930 Cc. refírese aos *"dereitos e as accións de calquera clase que sexan"*. Da regulación do código e da práctica dedúcese que o que realmente prescriben son as accións no sentido *substantivo* de pretensións. É dicir, prescriben as concretas facultades de exixir unha conduta fronte a outro ou outros que nacen dun dereito subxectivo e que ten o seu titular. Así, a prescripción dunha de tales pretensións non leva consigo necesariamente a extinción de todo o dereito, pois poden subsistir o resto de pretensións que nacen del —as pretensións nacen do dereito aínda que non se identifiquen con el—. A modo de exemplo, a prescripción da facultade de exixir que unha persoa non pase por un terreo non extingue as facultades do titular do terreo para exixir tal conduta respecto doutros. Agora ben, cando prescribisen todos os poderes derivados do dereito subxectivo si que se extinguirá o dereito —non cabe concibir como existente un dereito carente de acción que o protexa, xa que o dereito subxectivo está protexido polas distintas accións ou pretensións que del nacen—. Iso é máis doado que suceda nos dereitos de carácter persoal polo seu carácter relativo.

Por outra banda, e no que respecta ao sentido *procesual* do termo acción, cabe dicir que unicamente prescriben as accións cando se consideran de modo concreto —como dereito dirixido ao Estado para obter fronte ao demandado un acto de tutela xurídica específico— e perseguen a declaración dunha prestación debida polo demandado —non se trata de accións que buscan a creación ou nacemento dun dereito ou posición xurídica—. Non prescribe, en cambio, a acción procesual considerada na súa dimensión abstracta, isto é, como dereito xenérico fronte ao Estado de promover a actividade xurisdiccional.

2.3 Alegabilidade e renuncia da prescrición

Do exposto dedúcese que, por medio da prescrición, a conduta de dar, facer ou non facer que o titular dun dereito lle podía exixir e impoñer a outro suxeito ou suxeitos se fai inexigible. En consecuencia, constitúe un beneficio para o suxeito obrigado, pois comproba que a conduta xa non lle poderá ser reclamada podendo paralizar calquera intervención exixíndoa. De todos os xeitos, para que este efecto se produza, o ordenamento exige que o suxeito beneficiado pola prescrición a alegue fronte ao titular en caso de que este pretenda exercitar o dereito —a invocación por un dos suxeitos que conforme, se é o caso, o lado pasivo da relación xurídica que prescribiu lle aproveita ao resto; p. ex., comuneiros ou debedores solidarios—. A súa non alegación produce o efecto de que tal conduta seguirá sendo exigible, mesmo cando o exercicio da pretensión sexa extemporáneo, e aínda a pesar da prescrición. Polo tanto, é precisa a alegación polo beneficiado da prescrición, xa que esta nin opera de xeito automático nin é apreciada de oficio polos tribunais (cfr. SSTs do 12 de maio de 2003 ou do 9 de xullo de 2001, entre moitas outras). Así pois, cabe dicir que a prescrición é un medio de defensa que ten o demandado fronte a unha acción dirixida polo titular do dereito fronte a el, que lle permite enervala ou detela.

Sendo correcto o anterior, pódese precisar aínda máis sinalando que a prescrición, máis que unha excepción procesual, constitúe unha *excepción material*: pode facerse valer tanto fóra do proceso —p. ex., ante unha reclamación extraxudicial do titular do dereito— como no proceso mesmo, xa sexa por vía de acción —para que o titular do dereito recoñeza a prescrición— xa por vía de excepción —como medio de oposición fronte á reclamación—.

En coherencia coa necesidade de alegar a prescrición, a lei tamén autoriza o beneficiado para que renuncie a ela unha vez que venza o prazo da prescrición —non antes—. Así, o artigo 1935 Cc. establece que *"as persoas con capacidade para allear poden renunciar á prescrición gañada, pero non o dereito de prescribir para o sucesivo"*. A situación derivada da prescrición constitúe un dereito subxectivo autónomo que pode ser obxecto de renuncia que, en todo caso, terá carácter unilateral. A renuncia pode ser expresa ou tácita; *"enténdese tacitamente renunciada a prescrición cando a renuncia*

resulta de actos que fan supor o abandono do dereito adquirido" (art. 1935.2 Cc.).

2.4 Interrupción do prazo da prescrición

Para que poida ser alegada a prescrición, é preciso que transcorra por enteiro o prazo legalmente establecido de inactividade do titular. Este prazo pode ser interrompido *"polo seu exercicio ante os tribunais, por reclamación extraxudicial do acredor e por calquera acto de recoñecemento da débeda polo debedor"* (art. 1973 Cc.). Por calquera de tales medios interrómpeuse o prazo de prescrición de maneira que este deixa de correr. Se, tras tales reclamacións, xorde de novo un período de inactividade, non continúa correndo o prazo anterior: comézase a computar de novo o prazo prescricional (cfr. SSTS do 6 de marzo de 2003 ou 2 de novembro de 2005).

A xurisprudencia interpreta de xeito amplo as causas de prescrición transcritas. Así, o *"exercicio ante os tribunais"* inclúe:

a) a interposición de demanda formal, mesmo ante un órgano xudicial territorialmente incompetente (cfr. STS do 20 de xuño de 1994);

b) a petición ou demanda de conciliación aínda que non vaia seguida de interposición da demanda propiamente dita (cfr. art. 415 LAC);

c) a existencia dun procedemento penal relativo a un feito que simultaneamente xera responsabilidade civil (cfr. arts. 111 e 114 LACrim);

d) a presentación de demanda de xustiza gratuíta (STS do 7 de febreiro de 1991);

e) outros actos procesuais que manifesten a reclamación dun dereito, tales como a solicitude de embargo preventivo, a oposición en xuízo executivo para os efectos dun ulterior declarativo, a petición da inclusión de créditos en procedementos concursais, etc.

A *"reclamación extraxudicial do acredor"* non está suxeita a forma ningunha nin exige para a súa validez o recoñecemento do debedor. Non obstante, ha de ir dirixida ao suxeito pasivo e ha de ser recibida por este, aínda que os efectos se producen desde o momento de emisión e non desde a recepción (cfr. STS do 24 de decembro de 1994). Pode incluírse dentro deste modo de interrupción:

a) a reclamación epistolar ou telegráfica (cfr. SSTS do 26 de marzo de 2004 e do 22 de setembro de 1984);

- b) calquera requirimento notarial;
- c) a contestación a un requirimento.

En definitiva, "o importante é que se contradiga a inactividade ou pasividade da parte (...) mediante actividades e síntomas claros de exercicio do seu dereito incompatibles con toda idea de abandono (...)" (STS do 4 de outubro de 1985).

En terceiro lugar, cabe incluír dentro do *"recoñecemento da débeda polo debedor"* calquera conduta que de xeito directo ou indirecto mostre a súa conformidade coa existencia da prestación, xa sexan conversas sobre a vontade conservativa dun dereito (STS do 10 de febreiro de 1986), a constancia da débeda na contabilidade da empresa (STS do 26 de xuño de 2001), pagamento de xuros, entrega de cantidades á conta, confesión de terceiros, etc. Trátase, en calquera caso, dun acto unilateral que produce consecuencias por si mesmo, sen necesidade de que exista aceptación pola outra parte.

2.5 Prazos de prescrición

A determinación do prazo de prescrición dos diversos dereitos ha de efectuarse caso por caso, pois hai unha notable variedade entre os supostos existentes. De todos os xeitos, o Código civil establece os seguintes prazos de prescrición:

Artigo 1962

As accións reais sobre bens mobles prescriben aos seis anos de perda da posesión, salvo que o posuidor gañase por menos termo o dominio, conforme o artigo 1955, e agás os casos de extravío e venda pública, e os de furto ou roubo, en que se observará o disposto no parágrafo 3.º do mesmo artigo citado.

Artigo 1963

As accións reais sobre bens inmoables prescriben aos trinta anos.

Enténdese esta disposición sen prexuízo do establecido para a adquisición do dominio ou dereitos reais por prescrición.

Artigo 1964

A acción hipotecaria prescribe aos vinte anos, e as persoais que non teñan sinalado termo especial de prescrición, aos quince.

Artigo 1965

Non prescribe entre coherdeiros, condóminos ou propietarios de predios lindeiros a acción para pedir a partición da herdanza, a división da cousa común ou o deslinde das propiedades contiguas.

Artigo 1966

Polo transcurso de cinco anos prescriben as accións para exixir o cumprimento das obrigas seguintes:

1ª A de pagar pensións alimentarias.

2ª A de satisfacer o prezo dos arrendamentos, sexan estes de predios rústicos ou de predios urbanos.

3ª A de calquera outros pagamentos que se deben facer por anos ou en prazos máis breves.

Artigo 1967

Polo transcurso de tres anos prescriben as accións para o cumprimento das obrigas seguintes:

1ª A de pagarlles aos xuíces, avogados, rexistradores, notarios, escribáns, peritos, axentes e curiais os seus honorarios e dereitos, e os gastos e desembolsos que realizasen no desempeño dos seus cargos ou oficios nos asuntos a que as obrigas se refiran.

2ª A de satisfacerlles aos farmacéuticos as medicinas que subministraron; aos profesores e mestres os seus honorarios e estipendios polo ensino que deron, ou polo exercicio da súa profesión, arte ou oficio.

3ª A de pagar aos mesteirais, criados e xornaleiros o importe dos seus servizos, e o das subministracións ou desembolsos que tivesen fito concernentes a estes.

4ª A de aboarlles aos pousadeiros a comida e cuarto, e aos mercadores o prezo dos xéneros vendidos a outros que non o sexan, ou que séndoo se dediquen a distinto tráfico.

O tempo para a prescrición das accións a que se refiren os tres parágrafos anteriores contarase desde que deixaron de prestarse os respectivos servizos.

Artigo 1968

Prescriben polo transcurso dun ano:

1º A acción para recobrar ou reter a posesión.

2º A acción para exixir a responsabilidade civil por aldraxe ou calumnia e polas obrigas derivadas da culpa ou neglixencia de que se trata no artigo 1902, desde que o soubo o agraviado.

2.6 A caducidade

Xunto co instituto da prescrición, a doutrina e a xurisprudencia configuraron o da caducidade, que cabería definir como "a extinción dun dereito pola súa falta de exercicio durante un prazo temporal prefixado que non é susceptible de ser interrompido". Esta figura responde ao inadecuado que resultaría admitir en todos os supostos a interrupción dos prazos: orixinaríase un alongamento indefinido das situacións, e os conflitos xurídicos —os preitos— nunca rematarían.

En termos xerais, e mesmo cando en moitos casos a lexislación non determina se dun prazo de prescrición ou de caducidade se trata, cabe sinalar que esta figura se debe entender referida ás accións en sentido *procesual* —non en sentido *substantivo* como coa prescrición— que teñen carácter constitutivo —non así ás meramente declarativas nin ás de "condena"—. O transcurso do prazo establecido suporá en todo caso a imposibilidade de exercicio do dereito por parte do seu titular —non cabe, por tanto, o exercicio extemporáneo— e, consecuentemente, a súa extinción —trátase de casos onde a acción é o único modo posible de exercicio do dereito—.

As principais diferenzas existentes entre o fenómeno da prescrición e o da caducidade pódense sintetizar como segue:

a) os prazos de caducidade non permiten interrupción nin suspensión ningunha, a diferenza do que acontece nos supostos de prescrición;

b) en termos xerais, cabe dicir que son máis breves os prazos de caducidade que os de prescrición;

c) cabe declaración xudicial de oficio da caducidade sen necesidade de que fose alegada polo beneficiado, non así respecto da prescrición;

d) a caducidade da acción supón sempre a extinción do dereito mesmo ou da

facultade ou poder de modificación xurídica que se actúe coa acción, xa que se trata de supostos onde non se prevé outra actuación distinta do exercicio xudicial (cfr. STS do 2 de xuño de 2005).

3. CÓMPUTO DO TEMPO

Para a conta ou cálculo do tempo e dos prazos, o Código civil establece varias regras no artigo 5: *"sempre que non se estableza outra cousa, nos prazos sinalados por días, contados desde un determinado, quedará este excluído do cómputo, o cal deberá empezar o día seguinte; e se os prazos estiveren fixados por meses ou anos, computaranse de data a data. Cando no mes de vencemento non houbese un día equivalente ao inicial do cómputo, entenderase que o prazo expira o último do mes"*.

Do transcrito dedúcese que:

a) o contido do artigo 5 Cc. é unha regra xeral de carácter supletorio. É dicir, aplícase cando non se establece cousa distinta —*"sempre que non se estableza outra cousa"*—, xa sexa polo lexislador, xa polos particulares —p. ex., nun contrato—.

b) utilízase un sistema de *cómputo continuo* no que tamén contan os días inhábiles —como se non fosen tales—. Noutras ramas do ordenamento —p. ex., o dereito procesual (cfr. art. 133 LAC) ou administrativo (cfr. art. 48 LRXAE e PAC)— "estableceuse outra cousa" e rexe o sistema de *cómputo útil*: non se teñen en conta os días inhábiles —domingos e festivos—;

c) o cómputo de data a data non derroga a exclusión do cómputo do día inicial, de modo que se garante a correspondencia exacta entre datas —se se pactou o prazo dun mes desde o 2 de outubro, comeza o día 3 pero remata o día 2 de novembro ás 24.00 horas—.

4. EFICACIA ESPACIAL DAS NORMAS

4.1 O dereito internacional privado

Igual que é posible falar dunha eficacia das normas no tempo —desde cando e ata cando están vixentes—, é posible recoñecer unha dimensión espacial de tal eficacia; isto é, un ámbito territorial onde as normas dun ordenamento xurídico resultan aplicables. Neste punto, o frecuente é que os Estados soberanos determinen que o dereito que

compón o seu ordenamento xurídico se aplique no seu territorio nacional. Este modo de proceder non impide que os cidadáns dos diversos Estados se relacionen entre si, de maneira que xurdirá o problema de determinar cal dos ordenamentos relacionados é o que se debe aplicar.

No ordenamento xurídico español, a Constitución atribúelle ao Estado central a potestade de establecer as *normas de conflito*; isto é, as normas que determinan o ordenamento xurídico aplicable en tales casos. En efecto, o artigo 149.1 CE dispón que "*o Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: 8. Lexislación civil (...). En todo caso, as (...) normas para resolver os conflitos de leis*". Con fundamento nesta competencia, os artigos 8 a 12 do Código civil conteñen as "*normas de dereito internacional privado*" que, basicamente, establecen o seguinte:

a) a lei persoal das persoas físicas —determinada pola súa nacionalidade— rexerá a "*capacidade e estado civil, os dereitos e deberes de familia e sucesión por causa de morte*" (art. 9.1 Cc.);

b) aplicarase a lei territorial —a lei do lugar onde se achen— aos dereitos e deberes relativos á posesión, propiedade e demais dereitos reais sobre bens (cfr. art. 10.1 Cc.);

c) "*as formas e solemnidades dos contratos, testamentos e demais actos xurídicos rexeranse pola lei do país en que se outorguen*" (art. 11.1 Cc.);

d) ás obrigas contractuais aplicaráselles "*a lei a que as partes se sometesen expresamente, sempre que teña algunha conexión co negocio de que se trate; no seu defecto, a lei nacional común ás partes; a falta dela, a da residencia habitual común, e, en último termo, a lei do lugar de celebración do contrato*" (art. 10.5 Cc.). Unha excepción constitúena as doazóns, pois, estas "*rexeranse, en todo caso, pola lei nacional do doador*" (art. 10.7 Cc.);

e) e, finalmente, aplicarase a lei do lugar onde acontecese o feito do que deriven as obrigas non contractuais (cfr. art. 10.9 Cc.).

Segundo se advirte, os artigos transcritos non conteñen unha regulación material que lle dea solución ao problema que en cada caso xurda: unicamente sinalan cal é o ordenamento xurídico en que se deberá buscar tal solución; son, polo tanto, "normas de

conflicto". Sendo iso así, é preciso apuntar tamén que as citadas normas son con frecuencia desprazadas polos tratados internacionais ratificados por España e pola normativa comunitaria europea.

Xunto co anterior, o artigo 12 Cc. refírese tamén:

a) á cualificación que cómpre realizar para determinar a norma de conflito que resulta aplicable e establece que se cualificará de conformidade coa lei española; así mesmo, tamén dispón que *"os tribunais e autoridades aplicarán de oficio as normas de conflito do dereito español"*.

b) a que a remisión ao dereito estranxeiro é á súa lei material, sen que se teña en conta o reenvío que poidan facer as súas normas de conflito a outra lei distinta da española; en caso de que dentro do dito Estado coexistan varias lexislacións, a determinación de cal sexa a aplicable farase conforme a *"lexislación do dito Estado"*;

c) a que non se aplicará en España en ningún caso unha normativa estranxeira que sexa contraria á orde pública —concepto indeterminado que é referible aos preceptos recollidos pola Constitución—;

d) a que será conceptuado como fraude de lei *"a utilización dunha norma de conflito co fin de eludir unha lei imperativa española"*; en tal suposto, o artigo 6.4 Cc. ordena a aplicación da lei que se intentou eludir.

4.2 O dereito interrexional

Igual que se debe precisar o ordenamento xurídico aplicable ás relacións xurídicas que teñan lugar entre cidadáns de diversos Estados, é preciso determinar o dereito que deberá rexer as relacións xurídicas que se produzan entre cidadáns dun mesmo Estado no que coexistan varias lexislacións que resulten aplicables a distintas circunscricións subestatais. As normas que se encargan de sinalar a lexislación que se deberá aplicar a tales relacións son as chamadas *"Normas de Dereito Interrexional"*. A diferenza esencial co suposto anterior, en que existían varios entes soberanos, reside en que, neste caso, hai un ente superior —o Estado central, en España— que é o que disciplina e sinala que ordenamento é aplicable —se o dereito estatal ou o dereito rexional, e, de existiren varios, cal deles—.

No Código civil, os artigos 13 e seguintes son os que regulan o *"ámbito de aplicación"*

dos réximes xurídicos coexistentes no territorio nacional". Polo que ao ámbito civil se refire, o artigo 16 Cc. sinala que *"os conflitos de leis que poidan xurdir pola coexistencia de distintas lexislacións civís no territorio nacional se resolverán"* segundo as normas do dereito internacional privado. Tal aplicación goza, non obstante, dalgunhas particularidades: por un lado, *"será lei persoal a determinada pola veciñanza civil"* —en vez de determinarse pola nacionalidade, xa que para todos é a mesma: a española—; e, por outro, *"non será aplicable o disposto nos apartados 1, 2 e 3 do artigo 12 sobre cualificación, remisión e orde pública"* —non hai neste caso conflito internacional ningún—.

Así pois, o precepto transcrito establece a "norma de conflito" que determinará unicamente cal dos ordenamentos existentes en España será o aplicable —vasco, catalán, galego, etc.—, para o cal acode ao medio técnico do "punto de conexión", isto é, a relación con que respecto dun determinado ordenamento se atopan as persoas, cousas ou actos. Algúns puntos de conexión usados polo Código civil son a lei persoal —que vén determinada pola veciñanza civil (art. 14.1 Cc.)—, o lugar de residencia habitual dos suxeitos ou o lugar onde se atopan os bens.

Sexa iso como for, en calquera caso a interpretación e aplicación das normas de dereito interrexional debe estar presidida polo principio de igualdade de todos os ordenamentos xurídico-civís coexistentes en España que deriva da propia Constitución (cfr. STC 226/1993, do 8 de xullo).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1996; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001; CÁRDENAS QUIRÓS, C., "Límite temporal de las normas legales: la cesación de su vigencia", en VVAA., *Libro-homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Madrid, 1999; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984; DíEZ-PICAZO L., *La derogación de las leyes*, Madrid, Tecnos 1990; DíEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004; DURÁN RIVACOBÁ, R., *Derecho Interregional*, Madrid, Dykinson, 1996; GARCÍA VALDECASAS, G., "Sobre el principio de no retroactividad de las leyes", *Anuario de Derecho civil*, 1966; GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad*

de las leyes en la jurisprudencia constitucional, Madrid, Montecorvo, 1987; LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2000; MAGRO SERVET, V., "La irretroactividad de las normas jurídicas: regla general y excepciones", *La ley*, 1998-5, D-261; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., "Una visión de la pérdida de vigor de las normas", *Actualidad civil*, 1999; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., "La entrada en vigor de las normas", *Revista de Derecho Privado*, 1999; OROZCO PARDO, G., *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1995; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996; RECIO JUÁREZ, M., "La interrupción de la prescripción extintiva", *La Ley*, 1998-3, D-122; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?", *Revista de Derecho Privado*, 2001; SUÁREZ COLLÍA J. M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991; UREÑA MARTÍNEZ, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1997.

ANTONIO LEGERÉN MOLINA

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

TEMA 5

**A PERSOA COMO SUXEITO DO DEREITO. A
PERSONALIDADE XURÍDICA. PERSOAS
FÍSICAS: ADQUISICIÓN E PERDA DA
PERSONALIDADE. CAPACIDADE DE OBRAR. AS
PERSOAS XURÍDICAS**

TEMA 5. A PERSOA COMO SUXEITO DO DEREITO. A PERSONALIDADE XURÍDICA. PERSOAS FÍSICAS: ADQUISICIÓN E PERDA DA PERSONALIDADE. CAPACIDADE DE OBRAR. AS PERSOAS XURÍDICAS

1. A PERSOA COMO SUXEITO DO DEREITO

Os seres humanos —as persoas— son os que conforman a sociedade e os protagonistas das relacións de diversa índole que nela teñen lugar. En consecuencia, cabe dicir que a persoa é o *suxeito do dereito*. E, ademais, a persoa é o suxeito do dereito por antonomasia posto que o ordenamento xurídico existe *por e para ela*: existe dereito porque existen seres humanos que conviven en sociedade e se relacionan, e o dereito existe ao servizo da persoa para encher a necesidade que teñen os seres humanos de regulamentar ou ordenar as súas relacións de acordo cun criterio de xustiza da que deriva a xuridicidade natural do ser humano. Polo tanto, a existencia das persoas constitúe un *dato previo* á sociedade, un *prius* que xustifica a construción dun ordenamento xurídico que, á súa vez, ha de estar orientado a resolver os problemas que xurdan nas relacións que teñan lugar entre as persoas. Así, xa desde as *Partidas* se recoñeceu que o dereito existe "*por causa, razón e favor das persoas*".

Á vez que a persoa é suxeito do dereito, tamén é *suxeito de dereitos*: é titular duns dereitos fundamentais que derivan da súa condición de ser humano. Trátase, polo tanto, duns dereitos derivados da natureza da persoa que o ordenamento xurídico unicamente recoñece, non atribúe. En consecuencia, que a persoa sexa suxeito de dereitos non depende da atribución de tal calidade polo ordenamento xurídico, senón que entronca e deriva da condición mesma de persoa.

Exposto o anterior, o dereito civil é a rama do ordenamento xurídico que se ocupa da persoa en si mesma e das súas relacións. A persoa constitúe, polo tanto, o centro deste sector do ordenamento xurídico á vez que se erixe en suxeito das relacións xurídicas. De todos os xeitos, dentro do que se coñece como dereito civil existe unha parte dirixida de forma concreta a regular todo o relativo á situación da persoa como tal: o dereito da persoa.

2. A PERSONALIDADE XURÍDICA

A aptitude da persoa de ser suxeito de dereitos —isto é, centro de imputación de dereitos e deberes desde un punto de vista xurídico— é denominada pola doutrina como a *personalidade xurídica* ou *capacidade xurídica*. De xeito xeral, e mesmo cando existen matices entre as diversas definicións elaboradas polos autores, cabe sinalar, seguindo a DE CASTRO, que a capacidade xurídica é a "calidade da persoa de ser titular das distintas relacións xurídicas que lle afectan"; isto é, a calidade que ten todo ser humano que o habilita para ser titular de dereitos e obrigas; ou, en palabras de GORDILLO CAÑAS, a "aptitude ou idoneidade da persoa para ser suxeito de dereitos". Polo tanto, trátase dunha calidade que o dereito non outorga; unicamente recoñece, ou, como moito, regula as condicións do seu exercicio. En tal sentido, o dereito débelle recoñecer capacidade xurídica a todo ser da especie humana; a personalidade xurídica do ser humano é, daquela, innata.

Corolario do anterior é que a capacidade xurídica non é graduable: a aptitude da persoa para ser suxeito de dereitos tense, en tanto se é persoa, ou non se ten. E é que igual que o ordenamento xurídico non atribúe a capacidade xurídica —só a recoñece— tampouco pode privar alguén dela. Así mesmo, ao constituír unha calidade que deriva do feito mesmo de ser humano —a capacidade xurídica acompaña todas as persoas ata a súa morte—, non é susceptible nin de disposición —non cabe que por un acto de autonomía da vontade se dispoña dela— nin de condicionamento de ningunha clase. En consecuencia, non pode haber diversas capacidades xurídicas segundo de que persoas se trate: a capacidade xurídica é unha e a mesma para todos.

Por outra banda, a doutrina examinou desde distintas perspectivas esta aptitude para ser titular de dereitos e obrigas, e afirmou que coincide coa personalidade (O'CALLAGHAN) ou que é unha das súas facetas (ALBALADEJO). Partindo da íntima relación existente entre persoa e capacidade xurídica, o primeiro é un concepto filosófico e antropolóxico, mentres que o segundo é eminentemente xurídico; non se trata, polo tanto, de termos idénticos. Por iso, o máis axeitado é concibir a capacidade xurídica como a *versión xurídica da personalidade*; é dicir, non coincide con ela, senón que é unha manifestación que se produce no ámbito xurídico da calidade de ser persoa e que, xa que logo, a toda persoa, polo mero feito de sela, cómpre recoñecerlle.

Sendo iso así, é preciso sinalar que a capacidade xurídica —medio necesario para a realización da persoa— é unha aptitude abstracta de ser titular de dereitos. En efecto, en si mesma, non leva consigo a atribución efectiva dun dereito ou obriga concreta. A tal tenza efectiva denomínaselle *titularidade*. Así pois, o recoñecemento de capacidade xurídica permite que unha persoa poida ser titular dun dereito ou obriga e a titularidade fai que efectivamente e, no caso concreto de que se trate, teña ese dereito ou obriga.

3. AS PERSOAS FÍSICAS: ADQUISICIÓN E PERDA DA PERSONALIDADE

3.1 Distinción entre persoas físicas e persoas xurídicas

Para o dereito, persoas non son os seres humanos, senón os *suxeitos de dereitos* que poden ser tanto os seres humanos —persoas físicas— como eses entes que, sen teren natureza humana, son *personificados* polo dereito —persoas xurídicas—. A atribución de personalidade a estas entidades responde a unha concepción abstracta do dereito, concibido como rede de relacións xurídicas, e realízase fundamentalmente por razóns pragmáticas: facilitar o cumprimento de determinados fins que adoitan exceder a vida e as posibilidades dunha persoa física.

Agora ben, que tanto as persoas físicas como as xurídicas sexan suxeitos de dereitos para o ordenamento xurídico —sexan persoas— non significa que sexan equivalentes. En efecto, mentres que os seres humanos son un dato anterior ao dereito, as persoas xurídicas son creación deste. O dereito recoñece a existencia das persoas físicas polo feito de selo, mentres que as persoas xurídicas son tales só porque o dereito así as admite. En definitiva, nun suposto recoñece a personalidade xurídica e noutro atribúea.

3.2 Adquisición da personalidade das persoas físicas

3.2.1 O nacemento

O artigo 29 CC sinala que *"o nacemento determina a personalidade"*. O nacemento é, pois, o feito a partir do cal se lle recoñece personalidade ao suxeito e, polo tanto, adquire capacidade xurídica: o dereito vincula ao nacemento a consideración dun ser humano como persoa.

Tras a reforma levada a cabo pola Lei 20/2011, do 21 de xullo, do Rexistro Civil, o artigo 30 CC especifica cando se adquire a personalidade, establecendo que *"no momento*

do nacemento con vida, unha vez producido o enteiro desprendemento do seo materno". Á marxe de que tecnicamente a parte inicial do precepto constituía unha reiteración do establecido polo artigo 29 CC, o texto da norma permite deducir dúas cousas. Primeira: o Código civil determina qué debe ser nacemento desde un punto de vista fisiolóxico e configúrao exixindo ruptura do cordón umbilical e saída do claustro materno — *"unha vez producido o enteiro desprendemento do seo materno"*—. E segunda: non se inclúe unicamente unha referencia ao nacemento senón que se exige o cumprimento doutro requisito como é que haxa verdadeira vida — *"nacemento con vida"*—.

É certo que a derogada exixencia das vinte e catro horas —cuxos antecedentes cabe situar no dereito xermánico— era un criterio de sinxela comprobación, pois cumpríase de xeito automático tras o paso do tempo sinalado. Non obstante, este requisito de *viabilidade legal* xeraba certas distorsións: dunha parte, entendíase cumprido nos supostos en que o nacido fose mantido artificialmente con vida durante esas horas e houbera certeza de que falecería posteriormente; e, doutra, non cabía considerar cumprida tal exixencia cando o nacido en perfectas condicións falecese por causas externas antes do dito prazo —por exemplo, accidente ou delito—. En definitiva, constituía un criterio que non cubría plenamente a finalidade pretendida: xustificar a capacidade de supervivencia do nacido.

De igual xeito, coa reforma operada en xullo de 2011, eliminouse tamén o segundo requisito que o artigo 30 CC exixía: o da *figura humana*. Exixencia que boa parte da doutrina interpretaba en clave médico-biolóxica para os efectos de paliar os problemas que derivaban do xa comentado requisito das vinte e catro horas. Así entendido, a *figura humana* excluía os seres humanos con tales deficiencias que lle imposibilitasen a vida autónoma sen asistencia médica extraordinaria. De todos os xeitos, este requisito tampouco resolvía todos os problemas existentes —por exemplo, cando o nacido falecía por causas externas— á vez que supuña reconverter o requisito da figura humana nun criterio de *viabilidade natural* —expresamente excluído polo lexislador ao incluír o de *viabilidade legal* do prazo de 24 horas—. Por iso, un grupo de autores veu defendendo que o requisito da *figura humana* debía entenderse como "pertencente á especie humana", ao ser máis acorde coa dignidade da persoa, de maneira que todo ser humano que nacesse vivo —á marxe da aparencia ou defectos internos— cumpriría este requisito. Esta

interpretación levaba consigo restar substantividade ao requisito da *figura humana* —sobre a base de que constituía "pouco máis que un residuo histórico"—, á vez que supoñía realizar unha actualización da devandita exixencia á realidade social.

Pois ben, segundo se advirte, a actual regulación introducida pola Lei do Rexistro Civil do 22 de xullo de 2011, incorpora ao texto legal esta última corrente doutrinal, de forma que todo ser humano que naza vivo e o estea tras o desprendemento total do seo materno será recoñecido como persoa para os efectos xurídicos. Iso, á marxe de que se lle manteña artificialmente con vida durante un tempo por ter tales deficiencias que levarán consigo o seu falecemento, ou de que faleza por causas externas. Así as cousas, cumpridos os requisitos recollidos polo artigo 30 CC, a personalidade adquirese desde o momento mesmo do nacemento, ao non ser necesario, como ata agora sucedía, o transcurso dun prazo para o recoñecemento da personalidade —o transcurso só constituía unha *condicio iuris*, de maneira que se tiña personalidade desde o nacemento mesmo cando houboese que esperar vinte e catro horas para o seu recoñecemento de xeito retroactivo—.

Por último, debe sinalarse que coa actual redacción do artigo 30 CC tamén se eliminou a especificación de que os requisitos exixidos eran para o recoñecemento do nacemento "*para os efectos civís*". De acordo coa nova redacción, considérase persoa o nacido para todos os efectos desde o momento en que nace, xa sexan estes civís ou non, e teñan ou non contido patrimonial. En consecuencia, ao nacido recoñéceselle titular dos dereitos fundamentais e acreedor da protección penal desde o momento do nacemento, así como suxeito de relacións xurídico-privadas —filiación, parentesco— ou de dereitos subxectivos privados de contido patrimonial, sen necesidade —como antano— de que estivesen directamente ligados coa protección da súa persoa —dereito de alimentos—.

3.2.2 Protección do concibido pero aínda non nacido

O Código civil tamén lle concede protección ao concibido pero aínda non nacido; isto é, ao *nasciturus* —o que nacerá—. Así, o artigo 29 CC sinala que "*o concibido se ten por nacido para todos os efectos que lle sexan favorables, sempre que naza coas condicións que expresa o artigo seguinte*" —as xa coñecidas de que haxa vida unha vez enteiramente desprendido do claustro materno—.

Do texto do artigo 29 CC, dedúcese que a protección nel contida constitúe unha excepción ao principio xeral de que a personalidade se adquire co nacemento. O dereito recoñece a existencia do concibido —de todo concibido— e atribúelle consecuencias xurídicas importantes —teno por nacido para todos os efectos favorables—: resérvalle certos beneficios ou efectos favorables para cando naza —non llos atribúe de presente—.

A indicada protección foise estendendo e actualmente o Código civil ten por nacido o concibido "para todos os efectos que lle sexan favorables". Dentro de tales efectos inclúense fundamentalmente os de ámbito patrimonial, pero tamén os de ámbito persoal (cfr. Resolución da DXRN do 12 de xullo de 1993).

Por outra banda, o Código civil só lle atribúe os efectos que caiba cualificar como *directamente favorables* para o concibido —non para un terceiro nin favorables de xeito indirecto—, téndose que facer unha valoración xeral sobre carácter favorable ou desfavorable de tales efectos. Así, unha vez declarados como favorables uns efectos, non cabe eludir o que neles poida haber de prexudicial —por exemplo, se globalmente unha herdanza é favorable non cabería eludir as débedas que contivese—. En tal sentido, son xeralmente admitidas como favorables as herdanzas ou as doazóns; non así os contratos que, en principio, deben considerarse desfavorables.

Segundo se deduce do exposto, os efectos favorables sinalados "paralízanse" durante a xestación ata o momento en que o concibido naza cos requisitos do artigo 30 CC ou haxa certeza de que non nacerá. Durante ese tempo, o ordenamento xurídico toma as medidas oportunas para garantir a permanencia de tales efectos. E, unha vez que nacesen cos requisitos da figura humana e a viabilidade legal, prodúcese unha *ficción de personalidade*: atribúeselle personalidade ao nacido desde o momento en que se producen os efectos de que en cada caso se trate para permitir á súa adquisición; ténselle por nacido desde o momento de produción de efectos.

Para a proba do momento da concepción, enténdese aplicable o prazo establecido no artigo 116 CC respecto da determinación da filiación matrimonial: nos trescentos días anteriores ao nacemento. Iso salvo que haxa proba en contrario que demostre que non estaba concibido nese momento.

3.2.3 Os *nondum concepti*

Con esta expresión latina, faise referencia ás persoas que aínda non estando concibidas poden chegar a nacer nun futuro. O que protexe o Código civil neste caso non é a un ser humano —que aínda non existe— senón a liberdade testamentaria ou contractual do dispoñente (DORAL). Por iso, os *nondum concepti* non son titulares de ningunha posición xurídica ou dereito subxectivo concreto. O ordenamento xurídico só realiza unha reserva de dereitos ao seu favor: establece mecanismos que permiten a atribución de dereitos, ben *inter vivos* —contratos a favor de terceiro ou doazóns con cláusula de reversión (art. 641,1 Cc.)— ben *mortis causa* —substitucións fideicomisarias (art. 781 Cc.) ou institución de herdeiro condicional (STS do 4 de febreiro de 1970)—.

3.2.4 Os partos múltiples

De acordo co artigo 31 CC, "*a prioridade do nacemento, no caso de partos dobres, dálle ao primeiro nacido os dereitos que a lei lle recoñeza ao primoxénito*". Este precepto —aplicable tamén aos supostos de partos múltiples— establece en tal caso quen debe considerarse maior: o que naza antes.

3.3 Extinción da personalidade

3.3.1 A morte das persoas. A declaración de falecemento

No Código civil unicamente existe unha causa que extingue a personalidade: a morte das persoas. Así, o artigo 32 CC dispón que "*a personalidade civil se extingue pola morte das persoas*". Qué é a morte ou cando cabe declarala é unha cuestión que deberá dilucidar a medicina. En efecto, o concepto "morte" a que se refire o Código civil é un concepto que cómpre entender en sentido médico ou biolóxico pero non legal —non cabe a morte "legal" que existía noutras épocas ao resultar contraria á dignidade da persoa (cfr. art. 10 CE)—. Sendo iso así, a lexislación relativa a transplantes de órganos fai referencia a tres criterios para determinar cando se produce o falecemento, en tal caso, do doador: a irreversibilidade "das lesións cerebrais", "das funcións cardiorrespiratorias" ou "das funcións encefálicas".

Agora ben, a falta de noticias ou a desaparición dunha persoa que se prolonga no tempo pode dar lugar a que xurda a *presunción do seu falecemento*; por exemplo, cando

non se teñen noticias durante un tempo prudencial (cfr. arts. 183 e 193 CC), ou cando tal persoa participe en campañas bélicas, padecese un naufraxio ou accidente aéreo (cfr. art. 194 CC). En tales casos, e cumpridos determinados requisitos, cabe instar unha declaración de falecemento de tal persoa: non hai certeza da morte pero resulta case segura desde un punto de vista biolóxico. Tal declaración de falecemento implica dotar de certeza legal o presunto falecemento. A conveniencia da súa solicitude reside en que a incógnita do paradiro ou da existencia de tal persoa non pode manterse de xeito indefinido, pois afecta ás relacións xurídicas de que era titular e que atinxen a terceiros.

O medio ordinario para probar o falecemento das persoas é a inscrición de tal feito no Rexistro civil. E é que, de acordo co artigo 81 LRC., a inscrición *"fai fe da morte dunha persoa e da data, hora e lugar en que acontece"*.

3.3.2 Conmoriencia e premoriencia

O artigo 33 do Código civil sinala que *"se se dubida, entre dúas ou máis persoas chamadas a sucederse, quen delas morreu primeiro, o que sosteña a morte anterior dunha ou doutra debe probala; a falta de probas, presúmense mortas ao mesmo tempo e non ten lugar a transmisión de dereitos dun a outro"*.

Con este precepto, o Código civil pretende dar resposta aos supostos en que falecen dúas ou máis persoas de xeito simultáneo e non se pode determinar a orde do falecemento e, en consecuencia, a orde de sucesión entre elas. A regulación do precepto transcrito rompe con criterios tradicionais —existentes xa no dereito romano— constituídos por presuncións baseadas na maior ou menor fortaleza dos conmorientes —se falecían marido e muller, presumíase que esta falecía antes; se falecían fillo púbere e o seu pai, presumíase falecido este antes—.

Actualmente, o Código civil opta por unha regra de non transmisión de dereitos cando se dubida da orde cronolóxica e non resulta posible establecer a orde de falecementos; con todo, calquera pode probar tal orde de falecementos determinando entón a sucesión de dereitos.

Xunto con iso, e a pesar da dicción literal, enténdese aplicable o precepto mesmo cando as persoas falezan en distinto lugar e por distinta causa pero no mesmo momento —non é preciso que sexa no mesmo sinistro; p. ex., automobilístico ou aéreo— e mesmo

cando non sexan herdeiros en sentido estrito un doutro —abonda con que un poida recibir dereitos do outro; p. ex., un legado—.

4. CAPACIDADE DE OBRAR

4.1 Definición e características

Se a capacidade xurídica é a aptitude para ser titular de dereitos, a *capacidade de obrar* é a aptitude para poder exercitalos; ou, en termos de BERCOVITZ, é a "aptitude para actuar con eficacia xurídica, para que os actos realizados por unha persoa poidan ser considerados, se é o caso, como xuridicamente válidos". Viría ser, por dicilo dalgún xeito, a *dimensión dinámica* da capacidade xurídica.

No exercicio dinámico da aptitude abstracta para ser titular de dereitos si que poden existir limitacións, a diferenza do que sucedía respecto da capacidade xurídica "estaticamente considerada". En consecuencia, a capacidade de obrar non goza da característica da invariabilidade. Máis ben ao contrario, da capacidade de obrar cabe predicar as características da continxencia —pódese ter e pódese perder— e a variabilidade —hai diversos graos de capacidade—.

4.2 A capacidade de obrar e a capacidade natural

A atribución da capacidade de obrar no ordenamento xurídico está relacionada de xeito indirecto coa chamada *capacidade natural*; isto é, a capacidade de entender e querer o acto que se realiza: coñecer de que acto se trata —que se discirna o alcance do acto e se comprendan as consecuencias que produce—, así como quere-lo libre e voluntariamente —que a decisión de realizalo sexa tomada de xeito libre, sen condicionamentos nin perturbacións internas ou externas—. Loxicamente, unha persoa que teña tal capacidade natural parece que poderá, en principio, coidar da súa persoa e os seus bens.

O anterior é así xa que se a atribución da capacidade de obrar dependese de xeito directo da *capacidade natural* de entender e querer o acto —o que levaría consigo a súa determinación tras a comprobación de que concorre en cada caso— suporía unha paralización do tráfico xurídico —pénsese se para cada compravenda fose preciso examinar se comprador e vendedor teñen un nivel suficiente de coñecemento do acto e o queren—. Por tal motivo, o lexislador vinculou a capacidade xeral de obrar con dous

estándares de carácter obxectivo e doadamente comprobables que permiten presumir a existencia de tal *capacidade natural*: a idade e a ausencia de incapacitación. Isto é, mesmo cando "a idade, por si mesma, di ben pouco sobre a verdadeira aptitude dunha persoa" (DE CASTRO), o lexislador presume que a partir da maioría de idade unha persoa é capaz de obrar de forma xeral (cfr. art. 322 Cc.), sempre e cando non haxa unha declaración de incapacitación —que xudicialmente se declare a ausencia de capacidade (art. 199 Cc.)—. Deste modo, o lexislador substituíu un criterio de calidade —a *capacidade natural*— por un cuantitativo —o cumprimento de anos—: fixouse a plena capacidade de obrar nos 18 anos, pois tal maioría de idade permite presumir que se tería chegado entón a un desenvolvemento físico e psíquico que permita os mínimos necesarios para entender que existe *capacidade natural*. Algo parecido sucede respecto da ausencia de incapacitación: salvo que un xuíz estableza o contrario, débese presumir a capacidade da persoa. Así pois, cando se reúnan ambos os dous requisitos, terase a aptitude para actuar validamente na vida xurídica.

4.3 Diversas situacións respecto da capacidade

4.3.1 Introducción

A variabilidade e a continxencia atrás sinaladas permiten distinguir catro graos de capacidade de obrar establecidos de acordo cuns estándares baseados nas circunstancias subxectivas das persoas e no seu estado civil e que a continuación se examinan: a plena capacidade, a incapacidade de obrar, a capacidade restrinxida ou limitada e a capacidade especial (O'CALLAGHAN). Xunto con tales graos cabe referirse a un quinto: a situación dos menores de idade —materia que tamén se aborda neste apartado—.

4.3.2 A plena capacidade

No ordenamento xurídico español adquirese a plena capacidade unha vez que se cumpren os 18 anos, tal e como dispón o artigo 315 Cc. — "*a maior idade empeza aos 18 anos cumpridos*"—; precepto redactado pola Lei 11/1981 para adaptalo ao contido do artigo 12 CE. Para os efectos do cómputo dos "*anos da maioría de idade incluírase completo o día do nacemento*" (art. 315 Cc.). Tal maioría de idade prodúcese de xeito automático e sen necesidade de contar coa vontade do suxeito. Así mesmo, tampouco cómpre ningún acto formal declarativo para alcanzar a maioría de idade.

As principais consecuencias da maioría de idade son dúas. En primeiro lugar, e como establece o artigo 322 Cc., *"o maior de idade é capaz para todos os actos da vida civil, agás as excepcións establecidas en casos especiais por este Código"*. En efecto, a maioría de idade determina a plena capacidade de obrar en todos os sectores do dereito —malia a dicción do precepto *"para todos os actos da vida civil"*—. E a segunda consecuencia da maioría de idade é que, salvo no caso do menor de idade incapacitado (art. 201 Cc.), prodúcese a saída da institución de protección a que estaba sometido o menor ata ese momento: patria potestade, asistencia paterna, tutela ou curatela.

4.3.3 A incapacidade de obrar

A imposibilidade de exercitar validamente os dereitos e obrigas no ámbito xurídico pode ter lugar en dous supostos: a falta de capacidade natural para realizar o acto de que en concreto se trate e a declaración xudicial da falta de capacidade.

No primeiro caso e segundo avanzamos, é posible que se trate dunha persoa con plena capacidade de obrar. Non obstante, se as circunstancias psíquicas en que se atopa eliminan a capacidade de entender e querer —o que denominamos *capacidade natural*— o acto que realiza non será válido: faltaralle capacidade de obrar. A razón reside, como quedou dito, en que a capacidade real de obrar depende non só da capacidade xeral de obrar —ou a capacidade de obrar en abstracto—, senón tamén da disposición psíquica concreta. No caso apuntado, terase capacidade pero a imposibilidade de coñecer ou consentir farán que o suxeito sexa incapaz.

Xunto con tal incapacidade —derivada da falta de capacidade natural antes que dunha imposibilidade xeral de obrar— baixo a epígrafe de "incapacidade de obrar", cabe referirse tamén á incapacitación. Isto é, ao procedemento xudicial polo que mediante sentenza se declara que unha persoa carece de capacidade. En tal suposto, a imposibilidade de actuar validamente deriva de tal declaración —recoñécese a falta da capacidade de obrar en abstracto— antes que da disposición psíquica concreta —da que tamén podería derivar—.

A declaración de incapacitación primariamente concíbese como un medio de protección para permitir a actuación na vida xurídica das persoas que carecen da plena capacidade; malia iso, supón tamén recoñecer que a persoa carece de plena capacidade de obrar, motivo que xustifica que necesite complementos para poder actuar con

capacidade plena na vida xurídica. Agora ben, o que debe reterse é que ante todo a finalidade desta institución estriba en protexer estas persoas para evitar que se vexan prexudicadas por actuacións desconsideradas ou prexudiciais a consecuencia de malas influencias ou erróneas percepcións.

Sendo iso así e como sinala o artigo 199 Cc. *"ninguén pode ser declarado incapaz a excepto por sentenza xudicial en virtude das causas establecidas na lei"*. Para poder declarar a incapacitación dunha persoa é preciso que concorran tres requisitos: que se trate de *"enfermidades ou deficiencias (...) de carácter físico ou psíquico"*, que sexan persistentes e que lle impidan ao suxeito *"gobernarse por si mesmo"*. Dito o anterior, cómpre resaltar que a falta de autogoberno é o elemento clave na incapacitación: unha enfermidade psíquica ou física de carácter persistente non dará lugar á incapacitación se non orixina incapacidade de autogoberno, isto é, a falta de autosuficiencia e de capacidade de tomar decisións na vida diaria.

O procedemento a seguir para declarar incapacitada unha persoa está regulado nos artigos 756 a 763 da LAC e trátase dun proceso coas máximas garantías.

4.3.4 A capacidade limitada ou restrinxida: os menores emancipados ou os curatelados

A capacidade limitada fai referencia aos supostos en que se carece de capacidade de obrar en plenitude. Iso pode vir determinado por unha disposición da lei —como no caso dos menores emancipados— ou por unha disposición xudicial —recoñécese a capacidade limitada—.

Estes supostos constitúen casos intermedios entre a plena capacidade de obrar e a incapacidade a que fixemos referencia no suposto anterior. E é que nin se ten toda a capacidade de modo que se poida actuar por un mesmo, nin se carece totalmente de capacidade de maneira que un representante legal deba actuar en substitución dun. Son supostos onde hai capacidade pero, ao non ser plena, é preciso que se complete. Pódese actuar por un mesmo, pero non por si só: cómpre un complemento de capacidade.

No caso dos menores emancipados, o Código civil dispón no artigo 323 que *"a emancipación habilita o menor para rexer a súa persoa e bens como se fose maior"*. De todos os xeitos, o propio precepto recoñece a falta de plenitude de tal capacidade ao

sinalar que *"pero ata que chegue á maior idade non poderá o emancipado tomar diñeiro a préstamo, gravar ou allear bens inmoables e establecementos mercantís ou industriais ou obxecto de extraordinario valor sen consentimento dos seus pais e, a falta de ambos os dous, sen o do seu curador"*. Así pois, capacidade limitada pero completable respecto de certos actos de especial transcendencia ata alcanzar a plenitude de capacidade.

A emancipación, dispón o artigo 314 Cc., ten lugar *"pola maior idade, polo matrimonio do menor, por concesión dos que exerzan a patria potestade e por concesión xudicial"*. Así mesmo, tamén ten lugar a emancipación por vida independente. Así, o artigo 319 Cc. establece que *"se reputará para todos os efectos como emancipado o fillo maior de 16 anos que co consentimento dos pais vivise independentemente destes. Os pais poderán revogar este consentimento"*.

Tamén son supostos de capacidade de obrar limitada ou completable aqueles en que por declaración xudicial se establece o mecanismo da curatela. O xuíz, na sentenza, recoñece a falta de capacidade de obrar plena do suxeito pero non recoñece a súa incapacidade absoluta, de maneira que, en vez de nomear un titor que substitúa o suxeito, nomeará un curador para que complete os actos do curatelado que se sinalen: a curatela *"terá por obxecto a asistencia do curador para aqueles actos que expresamente impoña a sentenza que a establece"* (art. 289 Cc.). Estes actos poden referirse tanto ao ámbito patrimonial (cfr. art. 287 Cc.) como ao persoal —p. ex., as chamadas *curatelas de saúde*, onde a misión do curador é supervisar se a persoa en cuestión aplica o tratamento, revisar se se toma a medicación, se asiste á consulta, etc.—.

4.3.5 A capacidade de obrar especial

Son supostos de capacidade de obrar especial aqueles en que a lei sinala unha capacidade diversa da xeral derivada da maioría de idade, ben porque estableza unha capacidade maior —p. ex., a adopción para a que se requiren 25 anos (cfr. art. 175 Cc.), de maneira que, se non se ten tal idade, se realizará un acto inválido— ben porque faculte a quen non ten capacidade xeral de obrar para a realización dun acto concreto —p. ex., establécese unha "capacidade menor" para poder testar: basta con ter 14 anos (cfr. art. 663.1 Cc.)—. Polo tanto, son casos onde para a realización de actos determinados o lexislador sinala requisitos específicos. En palabras de DE CASTRO, a capacidade de obrar

especial "significa unha autorización especial. A incapacidade especial é, á inversa, unha particular exclusión do número dos autorizados".

Pola súa banda, cabe referirse neste ámbito tamén ás prohibicións legais. Non se trata de capacidades de obrar especiais, senón de particulares exclusións —non xerais—. Así, DE CASTRO sinala que unha prohibición especial é unha "inhabilitación para realizar certos actos, en xeral ou respecto de certas persoas, imposta por un veto legal". Respecto dun suxeito que tería capacidade para realizar de xeito xeral unha clase de actos, unha disposición legal prohíbelle expresamente realizalo respecto de determinadas persoas ou en situacións particulares. Algunhas destas prohibicións legais, que deben interpretarse de xeito restritivo e que deben estar expresamente reguladas pola lei, son, por exemplo, a imposibilidade dos titores de comprar os bens dos que están baixo a súa garda (cfr. art. 1.459.1 Cc.) ou a imposibilidade dos mandatarios de comprar os bens de cuxa administración ou alleamento estivesen encargados (cfr. art. 1.549 Cc.).

4.3.6 Unha referencia aos menores de idade

Para acabar de reflectir as situacións en que cabe atoparse respecto da capacidade, é preciso facer unha referencia ao menor de idade, malia que xa se adiantamos algúns aspectos. Neste ámbito, produciuse unha evolución conceptual e xurídica: se nun primeiro momento se entendía que o menor era total e absolutamente incapaz para realizar actos con eficacia xurídica ao recoñecerlle alcance xeral ao artigo 1.263.1 Cc. ditado en sede de contratos —ante a inexistencia dun conxunto de normas en que se declarase de modo expreso a capacidade do menor—, actualmente recoñécese que é capaz para certos actos (cfr. Res. da DXRN do 3 de marzo de 1989). En efecto, froito da citada evolución é a concepción de que a capacidade de obrar se adquire de xeito gradual; é dicir, non se produce un salto no relativo á capacidade de obrar entre a menor idade e a maioría de idade. Así, actualmente négase a incapacidade xeral do menor (DE CASTRO). Boa proba diso é que os menores se desenvolven no tráfico ordinario en asuntos de pouca importancia.

O anterior non impide recoñecer que no ordenamento xurídico se lle priva de capacidade de obrar plena ao menor para evitar que realice actos que lle poidan resultar prexudiciais, á vez que se instaura un sistema de protección. A razón da privación da

capacidade de obrar fundaméntase en que os menores carecen da capacidade natural de querer e entender, así como da experiencia necesaria para evitar actuacións prexudiciais. E a consecuencia de tal privación é que serán os representantes do menor os que actuarán sobre a súa esfera xurídica con plena eficacia; isto é, o representante actúa en nome do menor.

Na citada evolución, dous fitos importantes foron a Lei 11/1981, do 13 de maio, que modificou algúns preceptos do Código civil relativos aos menores, e a Lei 1/1996, do 15 de xaneiro, orgánica de protección xurídica do menor. En efecto, polo que a esta última se refire, recoñeceuse na exposición de motivos que "a mellor forma de garantir social e xuridicamente a protección á infancia é promover a súa autonomía como suxeitos", á vez que sinalaba no artigo 2.2 que "as limitacións á capacidade de obrar dos menores se interpretarán de forma restritiva". En consecuencia, actualmente o menor é un suxeito necesitado de protección pero cuxa autonomía debe ser recoñecida e potenciada. En liña con iso, o sistema introducido polas citadas leis recoñece capacidade de obrar en función da progresiva adquisición de capacidade natural do menor para realizar determinados actos a consecuencia do seu desenvolvemento. A vantaxe deste sistema é que se adapta á situación concreta do menor de xeito que non se establece un sistema monolítico —sendo tan menores un de dous anos como un de catorce, resulta evidente que ambos os dous non teñen a mesma capacidade—. E a desvantaxe é que se trata dun sistema que propicia a inseguridade e incerteza.

Así mesmo, outro mecanismo establecido polo Código civil é a *audiencia do menor*, de xeito que intervirá —de forma voluntaria ou obrigatoria, segundo os casos— nos asuntos que lle incumban coa finalidade de oílo, pero sen que a súa opinión resulte vinculante (cfr. art. 9.1 LOPXM ou arts. 92.2, 92.6, 154.3, 159, ou 177.3 Cc.).

Así as cousas, o artigo 162 Cc. pode suplir en certo modo a aludida carencia dunha norma xeral sobre a capacidade do menor, xa que nel se atopan elementos suficientes para construír xuridicamente a súa capacidade de obrar, dentro do ámbito limitado e variable das súas aptitudes naturais. De acordo co que nel se establece, actualmente recoñéceselle capacidade para:

- a) realizar por si mesmo *"os actos relativos a dereitos da personalidade ou outros que*

o fillo, de acordo coas leis e as súas condicións de madureza, poida realizar por si mesmo" (art. 162.1 Cc.);

b) poder administrar por si mesmos os bens que adquirise co seu traballo ou industria, se cumpriu 16 anos (cfr. art. 164.2 Cc.).

5. AS PERSOAS XURÍDICAS

5.1 Definición e fundamento das persoas xurídicas

É innegable a presenza na vida social de entes organizativos diversos das persoas humanas —persoas físicas— que actúan no tráfico xurídico e ás que se lles recoñece grande importancia (p. ex., desde un punto de vista económico, ás empresas; desde un punto de vista social, ás fundacións; etc.) e capacidade de autoorganización. Tales entidades son *suxeitos de dereito* —o ordenamento xurídico ocúpase delas— e *suxeitos de dereitos* —o ordenamento recoñécelles a aptitude para seren titulares de dereitos e deberes—. A súa existencia débese a que tenden ou buscan un fin protexible polo dereito —non se admitiría por exemplo unha sociedade de narcotraficantes (arg. ex art. 22 CE)— e que, en moitas ocasións, excede do ámbito individual —p. ex., unha sociedade multinacional cuxo labor non podería ser desenvolvido por unha única persoa—. Estamos a falar das *persoas xurídicas*, que cabería definir como as "entidades independentes das persoas físicas, dotadas de organización xurídica propia, de propia personalidade, de maneira que poden ser suxeitos de dereitos e de deberes, sempre que estean recoñecidas polo ordenamento".

5.2 Clases de persoas xurídicas

O artigo 35 CC sinala que *"son persoas xurídicas: 1º. As corporacións, asociacións e fundacións de interese público recoñecidas pola lei (...). 2º. As asociacións de interese particular, sexan civís, mercantís ou industriais, ás que a lei lles conceda personalidade propia, independente da de cada un dos asociados"*.

Deixando de lado a falta de rigor técnico do precepto transcrito, cabe referirse a dous tipos básicos de persoas xurídicas: as asociacións e as fundacións —as corporacións son un subtipo dentro das asociacións—.

A principal diferenza existente entre as asociacións e fundacións é que, mentres que

nas primeiras o relevante é o substrato persoal —son un conxunto de persoas que se unen para un fin xeral ou particular dos asociados e relativamente duradeiro: unha *universitas personarum* (cfr. art. 22 CE)—, nas segundas o importante é o compoñente patrimonial —é un conxunto de bens afectos a un fin de interese público (cfr. art. 34 CE): *universitas bonorum*—. O anterior non impide que nas asociacións se manexen bens para a consecución do fin para o que existen e que o desenvolvemento do fin fundacional exixa a colaboración de persoas.

As agrupacións de persoas para a obtención dun fin —as asociacións— poden xurdir:

a) da libre iniciativa dos suxeitos privados que as compoñen —asociacións en sentido estrito—;

b) do ditado da lei —as corporacións—: son as persoas xurídico-públicas nadas para conformar a estrutura socio-política do sistema social; isto é, os organismos con que atender as necesidades da sociedade que se incardinan dentro da organización estatal formando parte desta e que se rexen polo dereito público —dereito administrativo e constitucional—. Iso non obsta para que nalgúns casos poidan ter capacidade de dereito privado sendo, xa que logo, suxeitos de relacións xurídicas privadas.

Sendo iso así, as asociacións en sentido estrito e as fundacións son xeralmente entidades de dereito privado e réxense polo dereito civil e mercantil. Así, a referencia que o artigo 35 CC realiza ao "*interese público*" debe entenderse como de interese xeral.

Dentro das asociacións, e aínda tendo unha mesma orixe —a iniciativa dos seus membros—, cabe realizar unha última clasificación en atención á súa finalidade:

a) as de "interese particular" (cfr. art. 35 Cc.); isto é, as *sociedades*: a súa finalidade é obter beneficios económicos repartibles entre os socios; o ánimo de lucro é unha característica esencial de tales entidades (cfr. art. 1.665 CC e 116 C.Com.)

b) as *asociacións en sentido estrito*: tenden á satisfacción das necesidades dos seus asociados —recreativas, culturais, educativas, etc.—.

5.3 Adquisición da personalidade. Capacidade xurídica e de obrar

As persoas xurídicas adquiren capacidade xurídica e de obrar desde o mesmo momento da súa constitución (cfr. art. 35 CC). Agora ben, para determinar o instante en

que quedan "*validamente constituídas*", é preciso atender as leis que as crean ou recoñecen.

Doutro lado, o artigo 38 CC dispón que "*as persoas xurídicas poden adquirir e posuír bens de todas as clases, así como contraer obrigas e exercitar accións civís ou criminais conforme as leis e regras da súa constitución*". En efecto, a capacidade xurídica das persoas xurídicas é xeral, salvo para os casos onde só unha persoa física poida ser parte da relación xurídica — p. ex., o matrimonio—. Así, as persoas xurídicas poden ser titulares de dereitos reais, de crédito, dereitos de autor, poden suceder *mortis causa* (art. 745.2 CC), poden aceptar doazóns (art. 625 CC), poden ser titores (art. 242 CC) ou teñen dereito ao nome (cfr. STS do 21 de outubro de 1972).

Pola súa banda, o artigo 37 CC establece que "*a capacidade civil das corporacións se regulará polas leis que as creasen ou recoñecesen; a das asociacións, polos seus estatutos, e a das fundacións, polas regras da súa institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cando este requisito fose necesario*". E é que, ademais dos supostos onde por natureza non poden actuar, tamén é posible que pola lei ou a vontade dos que a creasen —p. ex., limitando o obxecto a que responden— se restrinja o seu ámbito de actuación.

Por último, a persoa xurídica non actúa por si mesma, senón a través dos seus órganos, que están formados en último termo por persoas físicas. Consecuencia diso é que a persoa xurídica queda vinculada pola actuación de tales persoas físicas, debendo, mesmo, responder extracontractualmente dos danos que os seus representantes ou órganos lles puidesen causar a terceiros (cfr. STS do 29 de abril de 1988); iso non impide que teñan dereito de repetición contra aqueles (art. 1.094 CC).

5.4 Domicilio e nacionalidade das persoas xurídicas

O mesmo que as persoas físicas teñen un domicilio —a súa residencia habitual (art. 40 CC)—, razóns prácticas aconsellan que as persoas xurídicas tamén teñan un para os efectos de localizar nalgún sitio a súa subxectividade (PUIG FERRIOL). E, como acontece respecto das persoas físicas, as persoas xurídicas tamén poden fixar o seu domicilio onde estimen conveniente. En efecto, o artigo 41 CC establece que "*cando nin a lei que as crease ou recoñecese, nin os estatutos ou regras de fundación fixasen o domicilio das*

persoas xurídicas, entenderase que o teñen no lugar en que estea establecida a súa representación legal, ou onde exerzan as principais funcións do seu instituto". Introduce, polo tanto, unicamente un criterio subsidiario de fixación de domicilio cando este non apareza contido nos estatutos da persoa xurídica —a fixación do domicilio é o habitual, pois é un contido estatutario mínimo exixido pola lexislación—. Así e todo, o domicilio social será único, mesmo cando a entidade teña varios locais ou delegacións.

Respecto da nacionalidade das persoas xurídicas, o artigo 28 CC sinala que *"as corporacións, fundacións e asociacións, recoñecidas pola lei e domiciliadas en España gozarán da nacionalidade española, sempre que teñan o concepto de persoas xurídicas conforme as disposicións deste código"*. Así pois, o domicilio da persoa xurídica é o criterio de imputación da nacionalidade, que determinará o ordenamento xurídico concreto que se aplica. No que se refire á nacionalidade española, o artigo 9.11 CC establece que *"a lei persoal correspondente ás persoas xurídicas é a determinada pola súa nacionalidade, e rexerá en todo o relativo a capacidade, constitución, representación, funcionamento, transformación, disolución e extinción"*.

5.5 As asociacións

A principal norma a ter en conta é a Lei orgánica 1/2002, reguladora do dereito de asociación.

As asociacións constitúense mediante un *acordo de constitución*, que debe incluír a aprobación dos estatutos, e que se formaliza mediante o outorgamento dunha acta fundacional que se debe presentar para a súa inscrición no Rexistro Administrativo de Asociacións (cfr. arts. 5.2 e 10.1 LODA).

O réxime interno das asociacións determínase polo establecido *"nos seus propios estatutos, sempre que non estean en contradición coas normas"* da LODA (art. 11.2 LODA). Neles, entre outras cuestións, débese sinalar a denominación da asociación, o seu domicilio, ámbito territorial de actividades, fins, requisitos e modalidades de admisión e baixa, dereitos e obrigas dos asociados, órganos de goberno e representación, patrimonio inicial e recursos económicos ou causas de extinción.

"A Asemblea Xeral é o órgano supremo de goberno da asociación" (art. 11.3 LODA). Ademais, debe existir un órgano de representación que xestione e represente os intereses

da asociación —normalmente, a Xunta Directiva— (cfr. art. 11 LODA). Xunto a estes órganos obrigatorios, os estatutos poden conter outros —tales como o presidente ou o secretario— (cfr. art. 12 LODA).

Por último, as asociacións extínguense: polas causas establecidas nos seus estatutos, por vontade dos socios, por sentenza penal e polas causas determinadas no art. 39 Cc. —expiración do prazo, realización do fin ou imposibilidade de consecución— (cfr. art. 17 LODA). Tras iso, ábrese un período de liquidación, ata a fin do cal *"a entidade conservará a súa personalidade xurídica"* (art. 15.1 LODA).

5.6 As fundacións

As principais normas que cómpre ter en conta nesta materia son a Lei 50/2002, de fundacións, e a Lei galega 12/2006, de fundacións de interese galego.

Ao ser a esencia das fundacións un patrimonio afecto a un fin —que debe ser potencialmente xeral, desinteresado e beneficioso para a comunidade—, unha vez constituída, a súa existencia e réxime depende unicamente da permanencia do fin asignado e non da vontade de persoas físicas ou xurídicas. Para o cumprimento dese fin, cómpre a existencia dun patrimonio inicial, denominado dotación, que *"poderá consistir en bens e dereitos de calquera clase"* (art. 12.1 LF). Ao ser necesariamente limitado ese patrimonio, os rendementos que xere, os donativos, así como a posible obtención de ingresos polas súas actividades, constituirán os medios con que contará a fundación para cumprir de xeito continuado no tempo a finalidade para a que se creou (cfr. art. 26 LF).

A creación das fundacións lévase a cabo mediante un negocio xurídico de carácter gratuito, *inter vivos* —en escritura pública— ou *mortis causa* —en testamento—, no que o fundador —persoa física ou xurídica— establece un patrimonio e asígnalle un fin, mostrando así a súa vontade de constituír a fundación (cfr. arts. 8 e 9 LF). Para que adquira personalidade xurídica, é precisa a súa inscrición no Rexistro de Fundacións.

O réxime interno da fundación determínase polo establecido nos seus estatutos, que non poden contravir o establecido na Lei de fundacións. Así, deberá incluírse un órgano obrigatorio de dirección e xestión —o Padroado— que será controlado pola Administración pública por medio do Protectorado (cfr. arts. 14, 15 e 34 LF).

As fundacións están obrigadas a destinar efectivamente o patrimonio e as súas rendas aos fins fundacionais. Se nalgún momento unha fundación é incapaz de alcanzar por si mesma os fins para os que se creou, pode ser requirida polo Protectorado para que se fusione con outra de análogos obxectivos. En cambio, se hai imposibilidade de realizar o fin fundacional, extinguirase. Ademais, tamén se extinguirá se transcorre o prazo para o que se fundou, se teñen lugar as causas previstas polos estatutos ou se así se establece por resolución xudicial (cfr. art. 32 LF). Tras a extinción —salvo no caso de fusión— abrírase un procedemento de liquidación da fundación.

ANTONIO LEGERÉN

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- RAMOS CHAPARRO E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- HOYOS CASTAÑEDA I., *El concepto jurídico de la persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.
- HERVADA XIBERTÁ, X., "Concepto jurídico y concepto filosófico de persona", *La Ley* 1981-1.
- GORDILLO CAÑAS A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986.
- DÍEZ-PICAZO E GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004.
- ALBALADEJO, M., "Desde el instante en que nace, todo niño es persona, e inscribible en el Registro", *Revista de Derecho Privado*, 1997.
- ANGOITIA GOROSTIAGA V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, Marcial, Pons, 1996.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *Anuario de Derecho Civil*, 1992.
- LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, Madrid, Dykinson, 2000.

PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001.

GETE-ALONSO E CALERA, C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992.

CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1993.

DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.

DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Madrid, Estudios de Deusto, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Los tipos de entes públicos en el Derecho español", en VVAA., *Estudios de Castro*, 1.

DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ E FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, 2002.

TEMA 6

O NEGOCIO XURÍDICO. OS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMENTO, OBXECTO, CAUSA E FORMA

TEMA 6. O NEGOCIO XURÍDICO. OS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMENTO, OBXECTO, CAUSA E FORMA

1. O NEGOCIO XURÍDICO

O negocio xurídico é a declaración ou acordo de vontades con que os particulares se propoñen conseguir un resultado que o dereito estima digno da súa especial tutela, sexa baseándose só na dita declaración ou acordo, sexa completado con outros feitos ou actos (De Castro). A clásica definición exposta contén o núcleo esencial desta categoría xurídica que, a diferenza do que acontece noutros ordenamentos xurídicos, non está regulada como tal no dereito español. Este núcleo vén constituído pola propia declaración de vontade ou acordo de vontades do ou dos suxeitos outorgantes do negocio (segundo se é unilateral ou bilateral), á que o dereito lle confire a capacidade de producir por si mesma ou acompañada doutros feitos ou actos (forma determinada; cumprimento de requisitos legais; *condictio iuris*, etc.) efectos xurídicos plenos.

O principio de autonomía privada é o fundamento do negocio xurídico. Este principio lexitima que os particulares establezan, dentro dos límites do ordenamento xurídico (no noso dereito expresados no artigos 6.3 e 1255 CC, con carácter xeral), as canles propicias para regular os seus intereses, que sexan dignos de tutela. Para tal fin, os particulares poden realizar negocios xurídicos que teñan por conveniente e dotalos do contido máis oportuno para a consecución dos seus intereses, con suxeición aos límites marcados. É a capacidade de autorregulación ou autonormación na esfera da orde privada.

A categoría do negocio xurídico abrangue figuras diversas, todas elas de gran transcendencia para o dereito. Unha sorte de breve clasificación podía ser a seguinte:

- *Negocios xurídicos patrimoniais e non patrimoniais*, atendendo a se inciden ou non nas relacións económicas ou no patrimonio do individuo.
- *Negocios xurídicos unilaterais* (testamento), *bilaterais* (contrato e matrimonio) e *plurilaterais* (contratos asociativos), tendo en conta os suxeitos participantes nel.
- *Negocios xurídicos típicos e atípicos*, segundo se son regulados ou non polo ordenamento xurídico en cuestión.

- *Negocios xurídicos* mortis causa e inter vivos. Nos primeiros, a causa do negocio é a de regular o destino dos bens ou relacións xurídicas para despois da morte do outorgante (ex., testamento), sendo que os segundos non responden a esa causa.

2. OS CONTRATOS

2.1 Concepto

Dentro da categoría xeral do negocio xurídico destaca moi especialmente o contrato, non só pola súa relevancia xurídica, senón tamén pola súa importancia económica ou patrimonial, xa que a nosa economía se basea fundamentalmente no intercambio de bens e servizos. Precisamente a esta idea responde o contrato, como instrumento xurídico. O contrato é un acordo formalizado entre dúas ou máis persoas en virtude do cal estas se comprometen a entregar, facer ou non facer algo en beneficio ou interese das outras. Ou, como di o artigo 1254 CC, o contrato existe desde que unha ou varias persoas consenten en obrigarse, respecto doutra ou outras, a dar algunha cousa ou prestar algún servizo.

Segundo o artigo 1089 CC, as obrigas nacen dos contratos, isto é, xeran vínculos xurídicos entre os suxeitos que o outorgan de carácter patrimonial. Tales obrigas teñen forza de lei entre as partes contratantes e teñen que cumprirse a teor destes.

O fundamento do contrato, como o do negocio xurídico, é o principio de autonomía privada, que xa neste ámbito se coñece como liberdade contractual. O artigo 1255 CC, precisamente en sede de contratos, establece a posibilidade de que os contratantes establezan os pactos, cláusulas e condicións que teñan por conveniente sempre que o fagan dentro dos límites que o propio precepto sinala: a lei, a orde pública e a moral. Xa se dixo que, sobre a base do principio de autonomía privada, os particulares poden realizar os contratos que teñan por conveniente e dotalos do contido máis oportuno para a consecución dos seus intereses, con suxeición aos límites marcados. No establecemento do contido contractual, as partes poden someterse á regulación prefixada que para algúns contratos dispoñen o CC ou as leis especiais ou alterar ese contido ou non axustarse en absoluto ao que está regulamentado legalmente. No exercicio da liberdade contractual, os límites marcados pola lei incrementáronse notablemente e a marxe ao contratante en certos ámbitos decrece na mesma medida. A redución da operatividade da autonomía contractual responde a un intervencionismo estatal cada vez maior (seguido dunha

hiperproducción lexislativa) que se xustifica na protección de certos intereses, públicos ou privados. É significativa, por exemplo, a estreita marxe, nestes termos, do contrato realizado con consumidores.

2.2 Clases

a) Contratos típicos e atípicos

Os contratos típicos son os que se regulan na lei, xa sexa no CC ou en leis especiais (v. *gr.*, a compravenda, a fianza, o mandato, o seguro, o aparcadoiro de vehículos, etc.). O concepto de contrato típico vincúlase á existencia de que a regulación á que nos referimos sexa relevante ou substancial; non será típico neste sentido o contrato que se menciona na lei pero que non se regula propiamente (o caso paradigmático no noso ordenamento xurídico é o contrato de *leasing*).

Son contratos atípicos os contratos que carecen de regulación específica, pero que son plenamente válidos e eficaces a teor do citado principio de liberdade contractual. Nestes casos, para determinar o seu contido e efectos haberá que acudir aos pactos e cláusulas establecidos polos contratantes, ás regras xerais dos contratos (do CC e do CCo) e, en ocasións, ás normas doutros tipos contractuais similares que poden ser aplicables por analoxía. Iso sucede sobre todo nos casos dos denominados contratos mixtos, que toman ou combinan obrigas de diferentes contratos típicos.

b) Contratos consensuais, formais e reais

Por regra xeral, os contratos no noso dereito son consensuais, xa que para a súa perfección non necesitan máis que o mero consentimento das partes. Exemplos de contratos consensuais son a compravenda, o arrendamento, a sociedade, etc.

Como se verá ao analizar a forma do contrato, en ocasións o ordenamento xurídico exige unha forma determinada na prestación do consentimento ou unha documentación especial do contrato. As razóns son variadas e veranse na epígrafe correspondente. En todo caso, a noción do contrato formal é máis restrinxida, xa que a el se fai referencia cando a existencia dunha forma determinada (escrita, escritura pública, etc.) é condición para a validez do negocio. A doazón de bens inmobles, o contrato de edición e algúns contratos con consumidores son, entre outros, exemplos de contratos formais.

O contrato é real cando para a súa perfección se exige, ademais do consentimento contractual, a entrega dunha cousa. Exemplo destes contratos son o préstamo e o depósito.

c) Contratos onerosos, gratuítos e remuneratorios

En atención á causa dos contratos, á que logo se aludirá, os contratos poden ser onerosos, gratuítos e remuneratorios. Son onerosos cando o beneficio que espera obter unha parte mediante o seu cumprimento é consecuencia ou a cambio dun propio sacrificio previo, simultáneo ou posterior no tempo (BERCOVITZ). Dentro dos onerosos, está a categoría dos sinalagmáticos, que dan lugar a obrigas recíprocas.

Os contratos a título gratuito, en cambio, singularízanse porque o beneficio que se espera obter non ten sacrificio correspondente, sendo que unha das partes se enriquece e outra se empobrece patrimonialmente. Doazón, mandato, mutuo e depósito son exemplos de contratos a título gratuito (aínda que nestes últimos casos o CC os configura como contratos naturalmente gratuítos —non esencialmente gratuítos— e cabe a previsión en contra).

Os contratos remuneratorios caracterízanse porque o beneficio que obtén unha parte está compensado por algún sacrificio, de menor relevancia. A doazón remuneratoria é exemplo paradigmático deste grupo.

d) Contratos conmutativos e aleatorios

Nos contratos conmutativos a relación existente entre os beneficios e os sacrificios que as partes asumen aparece determinada desde o principio. Iso é compatible con que a alteración das circunstancias provoque flutuacións ou cambios na economía interna do contrato. Non obstante, nos contratos aleatorios aquela relación depende dalgún feito incerto ou descoñecido polas partes ou imprevisible; ao respecto, o CC defíneo dicindo que, polo contrato aleatorio, unha das partes, ou ambas as dúas reciprocamente, se obrigan a dar ou a facer para o caso dun acontecemento incerto, ou que debe acontecer en tempo indeterminado (artigo 1790 CC). Nesta categoría entran, entre outros, o seguro, o xogo ou aposta ou a renda vitalicia.

e) Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais

Se se atende ao número de partes que asinan o contrato, o contrato é sempre bilateral (ou plurilateral), xa que, polo menos, serán necesarias dúas partes. Pero na clasificación que agora se enuncia, o criterio que subxace non é tanto o número de partes que interveñen neste como o tipo de obrigas que xera o contrato. Neste sentido, se o contrato produce obrigas para as dúas partes, fálase de contratos bilaterais (ex., compravenda, arrendamento, seguro...); se, en cambio, só unha das partes queda obrigada, estamos ante os contratos unilaterais (doazón).

Os contratos plurilaterais son aqueles en que o consentimento contractual se constitúe pola confluencia de varios consentimentos (contratos asociativos).

f) Contratos con condicións xerais e contratos con cláusulas predispostas

A Lei 7/1998, do 13 de abril, de condicións xerais da contratación (LCXC) regula actualmente a denominada contratación estandarizada ou con condicións xerais, que se xeneralizou actualmente en certos tipos contractuais. E así o artigo 1 da citada lei define as condicións xerais como *as cláusulas predispostas cuxa incorporación ao contrato sexa imposta por unha das partes, con independencia da súa autoría material, da súa aparencia externa, da súa extensión e de calquera outra circunstancia, tendo sido redactadas coa finalidade de seren incorporadas a unha pluralidade de contratos*. Fronte á configuración tradicional do contrato como negociación entre partes (iguais), formúlase a estandarización ou contratación en masa como unha solución de eficiencia e racionalización do proceso en determinadas hipóteses (empresas cos seus clientes, por exemplo, sexan estes consumidores ou non). En casos de contratación con condicións xerais, a lei impón requisitos engadidos de transparencia e claridade para controlar, especialmente, que as cláusulas se incorporan ao contrato.

Próximo á idea de condicións xerais é o contrato con cláusulas predispostas ou cláusulas non negociadas individualmente. Neste caso, son contratos con estipulacións ou cláusulas contractuais predispostas polo empresario ou profesional —isto é, logo de elaboración da cláusula ou estipulación para integrarse no contrato— e impostas ao consumidor —non pode ter sido negociada individualmente—; non se require, en cambio, que fosen redactadas coa finalidade de incorporalas a unha pluralidade de contratos. O

artigo 80 do texto refundido da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios (RDLex 1/2007) establece como requisitos destas cláusulas:

a) Concreción, claridade e sinxeleza na redacción, con posibilidade de comprensión directa, sen reenvíos a textos ou documentos que non se faciliten previa ou simultaneamente á conclusión do contrato, e aos que, en todo caso, se deberá facer referencia expresa no documento contractual.

b) Accesibilidade e lexibilidade, de forma que lle permita ao consumidor e usuario o coñecemento previo á celebración do contrato sobre a súa existencia e contido. En ningún caso se entenderá cumprido este requisito se o tamaño da letra do contrato fose inferior ao milímetro e medio ou o insuficiente contraste co fondo fixese dificultosa a lectura.

c) Boa fe e xusto equilibrio entre os dereitos e obrigas das partes, o que en todo caso exclúe a utilización de cláusulas abusivas.

2.3 Eficacia e ineficacia do contrato

a) Eficacia contractual: condicións

Como xa se viu, as obrigas que nacen dos contratos teñen forza de lei entre as partes contratantes, e débense cumprir conforme estas. A eficacia do contrato consiste na obriga das partes a cumpriren as respectivas prestacións e as demais condicións ou pactos contidos nel.

Para que o contrato sexa eficaz hase de perfeccionar. A perfección do contrato determina o nacemento da relación obrigatoria. Antes de tal momento, poderán existir entre as partes negociacións ou tratos preliminares preparatorios do contrato, nos que aquelas están obrigadas a actuar de boa fe (so pena de incorrer en responsabilidade precontractual). Tras a perfección do contrato, as partes quedan vinculadas polo contrato, nos termos e co alcance que logo se dirá.

De conformidade co establecido no artigo 1258 CC, *os contratos perfecciónanse polo mero consentimento*, aínda que a lei, en determinadas hipóteses (contratos reais e formais) exige o cumprimento doutros requisitos. De acordo co artigo 1262 CC, o consentimento maniféstase polo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que deben constituír o contrato. A oferta e a aceptación constitúen as respectivas

declaracións de vontade dos contratantes nas que se manifestan a intención de se obrigaren. O momento en que se produce o concurso entre a oferta e a aceptación pode provocar algunhas dúbidas ou problemas, sobre todo nos contratos entre ausentes (por exemplo, no caso da contratación electrónica ou a producida por calquera outro medio de comunicación que permita a manifestación do consentimento das partes). Actualmente, tras a reforma do artigo 1262 CC, a regra xeral que se aplica (regra da cognición temperada ou da cognoscibilidade) establece que o contrato se entenderá perfeccionado cando o oferente coñeza a aceptación ou, téndolla remitido o aceptante, non a poida descoñecer sen faltar á boa fe.

O contrato desprega os seus efectos desde o instante en que se perfecciona, agás que as partes ou a lei establezan condicións ou prazos que modifiquen ou atrasen a eficacia normal do contrato. Trátase dos denominados elementos accesorios do contrato, que, xeralmente, afectan non á súa perfección senón á súa eficacia; xa para atrasala ata que se cumpra a condición ou o termo (en caso de que se configuren como suspensivos), xa para producir a terminación dos seus efectos cando tales eventos se producen (se se configuran como resolutorios).

b) Eficacia contractual: alcance

A relación xurídica que establece o contrato prodúcese entre as partes que o outorgan e os seus herdeiros (artigo 1257 CC). O contrato determina un vínculo xurídico que regulamenta os intereses das partes segundo a súa vontade e respectando os límites da autonomía privada. O principio *pacta sunt servanda* implica que o que se pactou debe ser respectado, debe producir os efectos que lle son propios. O dito vínculo non pode ser alterado salvo que as propias partes, de común acordo, decidan modificalo ou extingui-lo. O que non cabe é que a validez e o cumprimento dos contratos quede ao arbitrio dun dos contratantes (artigo 1256 CC).

A eficacia do contrato proxéctase ao contido do contrato (ao pactado) pero tamén a todas as consecuencias que, segundo a súa natureza, sexan conformes á boa fe, ao uso e á lei (artigo 1258 CC). En atención a esta circunstancia, adóitase distinguir así unha eficacia comercial típica (a querida polos contratantes) dunha eficacia legal (a que se impón por ministerio da lei).

Os efectos do contrato só se producen entre as partes que o outorgaron e os seus herdeiros, como sucesores *mortis causa* das partes (e, de ser o caso, os habentes-causa a título particular); en principio, os terceiros quedan á marxe de tales efectos (artigo 1.257.II CC). É o que se coñece como a eficacia relativa dos contratos e que determina que o contrato non pode ser, en principio, fonte de dereitos nin de obrigas para un terceiro, salvo que consinta en obrigarse. Por iso o artigo 1259 CC di que o contrato a nome dunha persoa por quen non ten lexitimación para representala é nulo, quedando unicamente obrigada a persoa ao nome da cal se outorgaría se o ratifica expresa ou tacitamente.

De todos os xeitos, este principio débese puntualizar. En primeiro lugar, porque os terceiros, aínda que non se vexan vinculados polos contratos, si resultan afectados (eficacia reflexa do contrato). Como sinalou xurisprudencia reiterada, o principio de relatividade non impide que os contratos teñan eficacia indirecta, reflexa ou mediata para os terceiros que deben respectar situacións xurídicas creadas. Fálase, xa que logo e neste sentido, da opoñibilidade dos contratos fronte a terceiros e do deber de respecto destes para coa situación creada polo contrato.

En segundo termo, o principio de relatividade débese puntualizar porque é posible que o contrato vincule un terceiro directamente, incidindo na súa esfera xurídica. E é que o propio artigo 1257 CC que consagra, como vimos, a vinculación dos contratos ás partes que os outorgan e os seus herdeiros, permite a estipulación a prol dun terceiro: "Non obstante, se o contrato contivese algunha estipulación en favor dun terceiro, este poderá exixir o seu cumprimento, sempre que lle fixese saber a súa aceptación ao obrigado antes de que fose aquela revogada". Exemplos paradigmáticos de contratos a prol de terceiro poden ser o seguro, a renda vitalicia ou o contrato de alimentos.

c) Ineficacia contractual

Pode suceder que o contrato, por causas diferentes, non produza efectos. Estamos ante a denominada ineficacia contractual, que abrangue as hipóteses de invalidez contractual —cando o vicio é intrínseco ao negocio (defectos nos seus elementos constitutivos ou ilicitude)— como as de ineficacia, en sentido estrito —cando por outra razón o negocio non produce efectos, por circunstancias extrínsecas, mesmo por un non

querer das partes—. En concreto, as seguintes son as hipóteses máis relevantes de ineficacia contractual:

- *Nulidade de pleno dereito: É a sanción máis grave, pero tamén constitúe o réxime xeral de invalidez, ex artigo 6.3 CC. Significa que o contrato non produce ningún efecto en absoluto. A nulidade é de raíz e ope legis, polo que pode declararse de oficio polo xuíz, sen necesidade de ser alegada polas partes. Prodúcese cando o contrato carece dalgún dos seus elementos esenciais ou cando contravén os límites do artigo 1255 CC.*
- *Nulidade parcial.* En determinados contratos (e outros negocios xurídicos), a nulidade parcial é a sanción tipo para as cláusulas, condicións ou estipulacións contractuais que contraveñen o preceptuado na lei. Nestes casos, a nulidade de pleno dereito dunha cláusula non debe comportar a nulidade do contrato en que se atope e iso porque outra solución sería contraria ao principio de conservación dos contratos e, para os contratos con consumidores, ao principio de protección do consumidor.
- *Outras formas de ineficacia:* Á marxe da invalidez contractual están outras hipóteses nas que o contrato non produce efectos por causas diversas, tipificadas na lei. Trátase de contratos válidos pero que, pola concorrencia dalgunha circunstancia, a súa eficacia pode ser impugnada. A *resolución contractual* posibilita a desvinculación das partes do contrato, por instancia dun dos contratantes, cando se produce un incumprimento resolutorio nos contratos con obrigas recíprocas. A *rescisión contractual*, de carácter restritivo, prodúcese nos casos establecidos na lei (artigos 1290 e ss. CC). A *desistencia* é unha forma máis restrinxida de ineficacia na que unha das partes pode revogar o contrato por determinadas causas establecidas na lei ou, mesmo, sen alegar xustificación en certas hipóteses (máis estendida nos contratos con consumidores). Cabe, obviamente, o *mutuo disenso*: as partes poden convir deixar sen efecto o acordado.

3. ELEMENTOS: CONSENTIMENTO, OBXECTO, CAUSA E FORMA

Segundo o artigo 1261 CC:

Non hai contrato se non concorren os requisitos seguintes:

1º Consentimento dos contratantes.

- **Anulabilidade:** É un réxime especial de invalidez contractual (se o comparamos coa nulidade de pleno dereito) que a lei dispón para determinados casos de contravención da lei e para a omisión de certos requisitos, xeralmente para protexer unha das partes do contrato. Fronte á nulidade de pleno dereito, a anulabilidade caracterízase polas seguintes notas: a) representa unha facultade potestativa dunha das partes contractuais; b) é unha nulidade apreciable por instancia de parte; c) a lexitimación na acción vese restrinxida aos titulares dos intereses protexidos pola norma concreta; d) cabe a renuncia á acción e límitase o prazo do seu exercicio (en termos xerais, prazo de caducidade).

2º Obxecto certo que sexa materia do contrato.

3º Causa da obriga que se estableza.

Enuméranse na norma citada os requisitos esenciais para a validez dos contratos; dito noutras palabras, establécese cales son os elementos necesarios sen os cales o contrato non será válido e, en xeral, non producirá efecto ningún.

Aos tres elementos sinalados (consentimento, obxecto e causa) hai que engadirllles outro (forma), que será esencial ou necesario en termos de validez, só en determinadas hipóteses. A regra xeral no noso dereito contractual é a liberdade de forma, polo que a existencia dunha forma determinada normalmente non interfere na validez do contrato, aínda que si pode determinar efectos diversos para o contrato. O dito despréndese dos artigos 1261, 1278 e 1279 CC.

3.1 O consentimento contractual

O consentimento contractual fórmase coa conxunción das declaracións de vontade libres e conscientes de cada contratante sobre o obxecto e a causa do contrato. En realidade, o contrato nace (e perfecciónase, por regra xeral) desde que existe consentimento contractual das partes acerca do obxecto e a causa do contrato: é o que o CC sinala cando di que o consentimento se manifesta polo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que han de constituír o contrato.

O consentimento contractual válido, por regra xeral, é o que se outorga libre e conscientemente (sen vicios do consentimento: artigos 1265 e ss. CC) por persoa capaz

para contratar.

a) Capacidade contractual

Acerca da capacidade contractual (a capacidade para prestar consentimento contractual con efectos plenos), o artigo 1263 CC di que non poden prestar consentimento: 1º os menores non emancipados; 2º os incapacitados.

A contrario, e en termos xerais, a capacidade contractual no CC equipárase á capacidade de obrar xeral; a que ten o maior de idade non incapacitado (artigo 322 CC). Pero para o menor emancipado e o menor que obtivese o beneficio da maior idade, o artigo 323 CC establece que non poderán *tomar diñeiro a préstamo, gravar ou allear bens inmobles e establecementos mercantís ou industriais ou obxectos de extraordinario valor sen consentimento dos seus pais e, a falta de ambos os dous, sen o do seu curador*.

Non obstante, a regra anterior ten algunhas excepcións, xa que existen hipóteses de capacidade contractual fóra das estreitas marxes do artigo 1263 CC. Son os casos de certos contratos realizados por menores (artigos 162.1º e 164.3º CC, por exemplo) ou os supostos dos contratos realizados pola persoa incapacitada sometida a curatela, nos termos permitidos pola sentenza de incapacitación.

Por outra banda, os suxeitos a que se refire o artigo 1263 CC non son os únicos que teñen limitada a súa capacidade para contratar. Así, a persoa con discapacidade non incapacitada, se non pode emitir unha declaración de vontade libre e consciente sobre o obxecto e causa do contrato, por carecer de capacidade natural no momento da súa emisión, non poderá contratar. Así mesmo, o declarado ausente (artigo 185 CC) e o concursado no proceso que regula a Lei concursal (artigo 40 LC) están suxeitos a importantes limitacións da súa capacidade de obrar.

Cómpre ter en conta que os contratos celebrados por persoas que carecen de capacidade contractual serán anulables, sendo que o prazo dos catro anos de caducidade da acción se computará desde que o suxeito saíse da tutela ou patria potestade, se é o caso (artigo 1301 CC). Non así os contratos celebrados con ausencia absoluta de consentimento ou carencia absoluta de capacidade natural, que serán nulos de pleno dereito.

Ao lado da capacidade para contratar, hai que facer referencia ás prohibicións para contratar, ás que alude o artigo 1264 CC. Son hipóteses nas que a lei lles prohíbe a determinados contratantes a realización de certos contratos e deben ser de aplicación restritiva. Son as do artigo 1459 CC; 221.2º e 3º, 1677 CC e artigo 29 LH.

b) Inexistencia de vicios do consentimento

De conformidade co artigo 1265 CC, *será nulo o consentimento prestado por erro, violencia, intimidación ou dolo*; iso daría lugar á invalidez do contrato e á anulabilidade deste, segundo as regras dos artigos 1300 e ss. CC. Nestes casos, o prazo de catro anos da acción de anulabilidade comezará a correr: nos casos de intimidación ou violencia, desde o día en que estas cesasen; nos casos de erro ou dolo, desde a consumación do contrato.

O *erro* é a defectuosa representación polo contratante sobre o obxecto do contrato ou as súas condicións esenciais. Para que o erro invalide o consentimento, segundo o artigo 1266 CC, deberá recaer *sobre a substancia da cousa que fose obxecto do contrato ou sobre aquelas condicións desta que principalmente tivesen dado motivo a celebralo. Se o erro afectase á persoa, este só invalidará o contrato cando a consideración a ela tivese sido a súa causa principal. O simple erro de conta só dará lugar á súa corrección.*

Ademais, para que o erro invalide o contrato ha de ser inescusable. Iso significa que quen o padece debe ter aplicado a dilixencia exixible para informarse das condicións e circunstancias do contrato e, aínda así, permanece no erro. Na valoración da dilixencia exixible teranse en conta, entre outros extremos, as circunstancias persoais da vítima do erro (a súa condición de experto ou profesional) e do outro contratante.

A *violencia* é a forza irresistible que se aplica sobre a persoa do contratante co fin de que outorgue consentimento ou o faga nun sentido determinado. A violencia pode ser empregada polo outro contratante ou tamén por un terceiro que non interveña no contrato, xa que segundo o artigo 1268 CC *a violencia ou intimidación anularán a obriga, aínda que as empregase un terceiro que non interveña no contrato.*

Hai *intimidación* cando se lle inspira a un dos contratantes o temor racional e fundado de sufrir un mal inminente e grave na súa persoa ou bens, ou na persoa ou bens do seu cónxuxe, descendentes ou ascendentes (artigo 1267 CC). Queda excluído o temor de

desagradar ás persoas ás cales se debe submisión e respecto pois segundo o citado artigo iso non anulará o contrato. A intimidación pode partir, como a violencia, do outro contratante ou dun terceiro alleo ao contrato. Na súa determinación hai que atender, por mandato legal, á idade e condición da persoa.

Haberá *dolo* cando, con palabras ou maquinacións insidiosas de parte dun dos contratantes, é inducido o outro a asinar un contrato que, sen elas, non tería feito (artigo 1269 CC). O artigo 1270 CC exige que, para invalidar o consentimento, o dolo sexa grave e unilateral, é dicir, que non sexa empregado por ambos os dous contratantes. O dolo incidental, o que non reviste a gravidade necesaria, só obriga o que o empregou a indemnizar danos e perdas que como consecuencia del sufrise o que foi enganado.

c) A autocontratación

Sinalouse que o consentimento contractual se forma co concurso dos consentimentos contractuais acerca do obxecto e a causa do contrato. Iso vén presupor a existencia de que existan dúas ou máis partes para a súa formación. Neste ámbito cuestiónase se é posible a denominada autocontratación, isto é, a hipótese na que a declaración de vontade contractual se forma co consentimento contractual dunha soa persoa que intervéñ dunha parte en nome propio e, por outra, como representante doutro suxeito (o mesmo no caso de que o mesmo suxeito actúe en representación de dous contratantes).

O ordenamento xurídico español non contén regras xerais para estes casos, aínda que existen normas específicas que lles prohiben aos representantes formalizar actos xurídicos cos seus representados, cando a dita celebración supoña un conflito de intereses (así, artigos 163, 221, 1459.1º e 2º CC) e tamén algunha outra que permite expresamente a autocontratación (artigo 28 da Lei 50/2002, do 26 decembro, de fundacións). En xeral, a doutrina e a xurisprudencia actuais entenden que a autocontratación é válida no dereito español en determinadas hipóteses: a) cando o representado acepte, autorice ou ratifique antes ou despois (xa sexa expresa ou tacitamente) o autocontrato; b) cando non exista conflito de intereses entre representante e representado.

3.2 O obxecto do contrato

O obxecto do contrato son as prestacións sobre as que se contrata, ou, desde outra perspectiva, as cousas e servizos regulados nel. Ás cousas e os servizos refírense os

artigos 1271 a 1273 CC, que fan de cousas e servizos como realidades materiais sobre as que poden recaer as obrigas ou as prestacións dos contratantes.

Segundo as normas citadas, o obxecto do contrato debe cumprir certos requisitos: a) o obxecto ha de ser posible; b) ha de ser lícito; c) ha de ser certo e estar determinado ou ser determinable; d) ha de ser economicamente avaliable (a patrimonialidade): non tanto o obxecto en si como o seu incumprimento.

Con respecto á *posibilidade*, o artigo 1272 CC di que non poderán ser obxecto do contrato as cousas ou servizos imposibles. Así, a imposibilidade física ou material de entregar a cousa ou executar o servizo pactado faina inhábil para constituír obxecto do contrato. A imposibilidade pode darse no momento de asinarse o contrato (imposibilidade orixinaria) ou nun momento posterior (imposibilidade sobrevida). Só a primeira afecta á validez do contrato; a sobrevida ten relevancia para os efectos do incumprimento contractual.

A *licitude* conságrase no artigo 1271 CC. En particular, o artigo 1271.I CC di que poden ser obxecto do contrato todas as cousas que non están fóra do comercio dos homes. Estas son as que non poden ser apropiables (bens de dominio público: artigo 339 CC; determinadas cousas comúns *extra commercium* (a luz ou a atmosfera) e os bens extrapatrimoniais (ex., bens da personalidade). Polo que se refire aos servizos, o propio artigo 1271.III CC di que poden ser obxecto do contrato todos os servizos que non sexan contrarios ás leis ou aos bos costumes.

O obxecto do contrato debe ser *certo* (artigo 1261.2º CC) e debe estar determinado no momento da súa perfección, ou ser determinable, no sentido de que cabe a súa determinación posterior sen necesidade de novo pacto entre as partes (artigo 1273 CC).

3.3 A causa do contrato

a) Concepto

Aínda que non resulta pacífica na doutrina a definición deste elemento, pódese dicir que a causa do contrato é o fin ou resultado típico, común e exteriorizado que perseguen as partes. Fronte a concepcións obxectivas (a causa é a función económico-social do contrato) ou subxectivas (son os propósitos ou fins específicos que leva as partes a

outorgaren o contrato), a teoría actual con máis acollida, tamén pola xurisprudencia, presenta a causa como elemento dual que responde ao fin típico do contrato pero tamén á función económico-social concreta querida polos contratantes ao asinaren o contrato. Por iso, enténdese incorporada á causa do contrato a denominada causa concreta; os motivos que levan as partes a contratar son xuridicamente relevantes e quedarán incorporados á causa debendo concorrer dous requisitos: que ese motivo sexa a orixe ou a razón da celebración de contrato, que o motivo sexa común por ambas as dúas partes e que sexa exteriorizado.

A causa é elemento imprescindible na formación do contrato (sobre el debe confluír o consentimento contractual). Pero a súa existencia debe prolongarse ata a fase de execución do contrato; é o que se coñece como a "continuada influencia da causa". As hipóteses de desaparición total ou parcial da causa tras a celebración do contrato son tratadas no noso dereito a través da tese da modificación sobrevida das circunstancias e da cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación moi restrinxida, que levaría a fundamentar en certos casos a resolución do negocio xurídico.

Á causa dedícalles o CC algúns preceptos. O artigo 1274 CC sinala que é a causa en cada un dos tres tipos contractuais que se mencionan: nos contratos onerosos, o elemento causal consiste, para cada contratante, na prestación ou promesa dunha cousa ou servizo pola outra parte; nos gratuítos, a liberalidade do doador; e nos remuneratorios, o servizo ou beneficio que se remunera. O artigo 1275 CC establece a necesidade da súa existencia e licitude ("os contratos sen causa, ou con causa ilícita, non producen efecto ningún"), explicando que a causa é ilícita cando se opón ás leis ou á moral. O artigo 1276 CC establece que o contrato que exprese unha causa falsa tamén será nulo, salvo que se probe que existe outra causa verdadeira e lícita. Finalmente, o artigo 1277 CC presume que a causa existe e é lícita, sempre que non se probe o contrario.

b) Requisitos da causa

A causa debe existir, ser lícita e verdadeira. O artigo 1261.3º CC prescribe que todo contrato ha de ter a súa causa; noutro caso, o contrato non producirá ningún efecto (artigo 1275 CC). Os casos de inexistencia de causa son a simulación absoluta e relativa (non hai causa en absoluto ou hai outra sobre a que non se consentiu); os contratos

asinados en fraude de lei e os supostos de erro obstativo dos contratantes sobre a causa. Contratos sen causa son tamén os denominados contratos abstractos, que funcionan con independencia do elemento causal e que son perfectamente lexítimos noutros ordenamentos xurídicos. De todo os xeitos, non hai que confundir a inexistencia de causa coa causa non expresada; cómpre ter en conta que o artigo 1277 CC presume a existencia da causa.

En segundo lugar, a causa debe ser lícita; os contratos con causa ilícita non producen efecto ningún (artigo 1275 CC). Neste caso, está claro que a licitude da causa se predica da causa concreta do negocio, isto é, do fin que os contratantes quixeron no negocio. O devandito fin non pode ser contrario ou incompatible coas leis e a moral. A ilicitude debe ser probada, xa que da causa non só se presume a súa existencia, senón tamén a súa licitude (artigo 1277 CC). Entre outros supostos de causa ilícita, a xurisprudencia sancionou: a fixación de intereses excesivos, privación de dereitos ao cónxuxe supérstite, contratos asinados a perpetuidade, etc.

En terceiro lugar, a causa debe ser verdadeira. Di o artigo 1276 CC que a expresión dunha causa falsa provocará a nulidade do contrato, agás que se acredite que existe outra causa lícita e verdadeira.

3.4 A forma do contrato

A forma, entendida como medio de exteriorización da declaración de vontade que dun xeito predeterminado e concreto exige a lei ou a vontade das partes nalgúns casos, cumpre tradicionalmente varias funcións que responden, ademais, aos tipos de forma que se consideran no noso sistema. Conforme o valor das formalidades distínguese, seguindo á doutrina tradicional: a) valor constitutivo (*ad substantiam*): a forma dá lugar ao negocio e abonda a forma para que exista, sen necesidade doutro requisito; b) valor integrativo (*ad solemnitatem*): a forma é requisito que se exige ao lado dos demais esenciais do negocio; se ela falta o negocio será nulo ou ineficaz; c) valor de publicidade, que implica a súa eficacia xeral ou respecto de terceiros; d) maior valor relativo, ou respecto dos negocios carentes de solemnidade (así, clasificación dos créditos); e) valor probatorio (*ad probationem*), que se pode manifestar positivamente (único medio de proba admitido) ou negativamente (excluindo certos medios).

En calquera caso, o principio no noso sistema é o de liberdade de forma. O contrato é válido desde que existe consentimento contractual sobre o obxecto e a causa (consensualismo), sen que sexa necesario ningún outro requisito adicional para a súa validez e eficacia. A forma concreta que revista o negocio, e que en ocasións se exige, non cumpre a función de elemento esencial (artigos 1278 e 1279 CC), senón as que se relacionaron arriba: publicidade e valor probatorio.

A excepción ao sinalado son os contratos formais, nos que a forma se constitúe como un elemento esencial, sendo que a súa ausencia ou defecto produce a invalidez do negocio (xeralmente, a nulidade de pleno dereito, aínda que ás veces a sanción é a anulabilidade). Como xa se viu ao falar das clases de contratos, no CC os contratos en que a forma responde a unha función constitutiva ou integrativa son escasos (doazón de bens inmoables). Na lexislación especial destaca o contrato de edición, que precisa da forma escrita.

Actualmente, as normas contractuais de consumo devolvéronlle certo protagonismo ao requisito da forma do contrato, xa que non son poucas as que exigen unha forma ou unha documentación especial para este, ata o punto de que se advirte, sen dúbida, certo renacemento do principio formalista.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 12ª ed., Madrid, Edisofer, 2004; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Manual de Derecho civil. Contratos*, Madrid, Bercal, 2007; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Tratado de contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, T. I; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, reimp., Madrid, Civitas, 1991; DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; PARRA LUCÁN, M. A.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho civil (Obligaciones)*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2008; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil (tomo II)*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009.

NATALIA ÁLVAREZ LATA

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

TEMA 1

AS FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO. A LEI: CONCEPTO E CLASES. DISPOSICIÓNS DO EXECUTIVO CON FORZA DE LEI: DECRETOS- LEIS E DECRETOS LEXISLATIVOS

TEMA 1. AS FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO. A LEI: CONCEPTO E CLASES. DISPOSICIÓN DO EXECUTIVO CON FORZA DE LEI: DECRETOS-LEIS E DECRETOS LEXISLATIVOS.

I. AS FONTES DO DEREITO

1. INTRODUCCIÓN

Como sinala GARCÍA DE ENTERRÍA, o dereito administrativo constitúe un ordenamento xurídico. Concretamente, o ordenamento xurídico administrativo é a parte do ordenamento xurídico xeral que lle afecta ou se refire á Administración pública. Así, se entendemos o ordenamento xurídico como unha realidade dinámica, é como poden comprenderse as mutacións que nel se producen, pero o ordenamento xurídico permanece en tanto permanecen os seus principios. Dentro desa unidade estrutural que é o ordenamento coexisten unha serie de fontes do dereito. Definir cales son é unha función primaria do ordenamento. Hai pois, necesariamente, unha pluralidade de fontes, coa cal debe constituírse, non obstante un sistema unitario, o ordenamento xurídico.

Adóitase distinguir entre dúas acepcións da palabra fontes do dereito: fontes en sentido formal, que é a concreción da potestade de tipo normativo en determinadas institucións, é dicir, a forma que adopta unha norma cando se concreta, e fontes en sentido material, constituída pola institución ou conxunto de institucións que ten atribuída a potestade de crear normas xurídicas.

2. AS FONTES DO DEREITO ADMINISTRATIVO

O propio GARCÍA DE ENTERRÍA considera que debemos partir como nota de fondo de que non existe dúbida en canto á aplicación ao dereito administrativo do sistema xeral de fontes que enuncia para todo o dereito español o artigo 1 do *Código civil*; con todo, existen peculiaridades que xustifican un tratamento particularizado das fontes do dereito administrativo e que se derivan das seguintes circunstancias:

- O dereito administrativo é un dereito estatutario por dedicarse aos suxeitos que se agrupan baixo a xenérica denominación de Administración pública.

- O dereito administrativo tende a esgotar a normativa das materias que regula, o que se traduce nun valor destacado dos principios xerais do dereito, a importancia esencial das normas de carácter escrito e a importancia secundaria das normas non escritas (o costume).
- A norma administrativa caracterízase pola súa variabilidade e continxencia.
- A Administración pública presenta unha dobre condición: por unha banda, é suxeito obrigado o dereito e, por outro, é, pola súa vez, suxeito investido de potestade normativa.
- A Administración pública engloba unha pluralidade de entes de carácter público, constituíndo cada un deses entes o centro de verdadeiros ordenamentos.

Do anteriormente exposto resulta que non se pode arbitrar un sistema de fontes con base exclusivamente no principio de xerarquía, senón que resulta necesario acudir tamén ao principio de competencia, e queda ordenado este sistema como segue:

- A **Constitución española** como norma básica e fundamental.
- Os **tratados internacionais**, tendo en conta que o artigo 1.5 do *Código civil* sinala que “as normas xurídicas contidas nos tratados internacionais non serán de aplicación directa en España en tanto non pasasen a formar parte do ordenamento interno mediante a súa publicación íntegra no *Boletín Oficial do Estado*”. Diferéncianse dous tipos de tratados: a) os comúns ou ordinarios, aos que se refire o artigo 96 da Constitución; b) os que supoñen unha cesión de soberanía, aos que se refire o artigo 93 da Constitución.
- O **Dereito da Unión Europea**, cuxas normas de cabeceira son o Tratado da Unión Europea e o Tratado de Funcionamento da Unión Europea, que conforman o chamado dereito orixinario, e o conxunto do dereito derivado, no que destacan: a) os regulamentos, de aplicación directa nos Estados membros; b) as directivas, que en principio só obrigan en canto ao resultado que debe obterse, deixando liberdade na forma e os medios, aínda que poden chegar a adquirir efecto directo se concorren determinadas circunstancias.
- O **ordenamento estatal**, no que se ordenan segundo o principio de xerarquía:
 - A **lei estatal**, tendo en conta que dentro do concepto de lei coexisten diferentes

tipos normativos con igual rango: a) leis ordinarias; b) leis orgánicas, caracterizadas por estar reservadas a determinadas materias e polo seu procedemento de elaboración máis ríxido (artigo 81 da Constitución); c) leis básicas, leis marco, leis de transferencia ou delegación, leis de harmonización; d) decretos legislativos (artigos 82 e seguintes da Constitución); e) decretos-leis (artigo 86 da Constitución).

- Os **regulamentos estatais**, os cales: a) están subordinados á Constitución e ás leis; e b) están, pola súa vez, ordenados segundo a xerarquía do órgano que os dita: reais decretos do presidente do Goberno e do Consello de Ministros, ordes ministeriais, resolucións doutros órganos administrativos con contido normativo.

- O **ordenamento das comunidades autónomas**, que se relaciona co estatal conforme ao principio de competencia, e no que hai que diferenciar as seguintes fontes que se estruturan con base no principio de xerarquía:

- O **estatuto de autonomía**, norma básica e fundamental de cada comunidade autónoma, que se aproba mediante lei orgánica, aínda que posúe unha especial rixidez que fai que non se poida ver modificado ou derogado polas leis orgánicas normais.

- A **lei autonómica**, subordinada á Constitución e ao correspondente estatuto de autonomía, dentro da cal poden existir tamén distintas modalidades, todas dotadas de idéntico rango (leis dotadas de especial rixidez por requirir unha maioría cualificada para a súa aprobación, ás que o estatuto de autonomía lles reserva determinadas materias, decretos legislativos e decretos-leis autonómicos).

- Os **regulamentos autonómicos**, que están subordinados á lei e entre si, segundo a xerarquía das autoridades con potestade para ditalos.

- O **ordenamento local**, cuxa norma de cabeceira é a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e que se desenvolve no nivel regulamentario a través dos regulamentos e ordenanzas que aproban as entidades locais en exercicio da súa potestade normativa, todos eles de igual rango.

Finalmente, complementan o ordenamento xurídico-administrativo, do mesmo xeito que ocorre no ordenamento xurídico xeral:

- O **costume**, que, de acordo co artigo 1.3 do *Código civil*, “só rexerá en defecto de lei aplicable, sempre que non sexa contraria á moral ou á orde pública e que resulte probada”.
- Os **principios xerais do dereito**, que, de acordo co artigo 1.4 do *Código civil*, “aplicaranse en defecto de lei ou costume, sen prexuízo do seu carácter informador do ordenamento xurídico”. Deste xeito, os principios xerais escapan a toda orde graduada, pois a súa función non é simplemente supletoria, xa que entre eles se atopan os principios informadores, portadores do contido necesario das normas de dereito, superiores e prioritarios ás normas por eles inspiradas, ás que atribúen unidade e coherencia sistemática, pois a súa función non é simplemente supletoria, non só enchen lagoas nin se dedican a remendar a descosida trama das leis (DE CASTRO).

3. EN ESPECIAL, A CONSTITUCIÓN COMO FONTE DO DEREITO ADMINISTRATIVO

A Constitución pretende ordenar a xénese do dereito de dous modos: a) regulando certas materias de maneira directa e b) determinando que órganos e a través de que procedementos se regularán aquelas materias que ela mesma non regulou. A Constitución é, polo tanto, unha norma que regula as fontes do dereito ou fonte de fontes, ao disciplinar, con carácter xeral, órganos, procedementos, categorías normativas e principios interordinamentais e internormativos e é tamén fonte do dereito ou norma xurídica de aplicación directa.

A Constitución preséntase como un complexo sistemático de proposicións normativas, un texto normativo respecto do que cabe facer as seguintes consideracións:

- A concepción da Constitución como unha norma xurídica e, ademais, como a norma suprema do ordenamento. Ao non existir unha norma de recoñecemento (en terminoloxía de HART) de rango superior que lle atribúa natureza normativa, é a propia Constitución a que se autoatribúe natureza normativa; iso resulta de diferentes preceptos:

- Artigo 9.1 da Constitución: “os cidadáns e os poderes públicos están suxeitos á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico”.
- Artigo 53.1 da Constitución: “os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo 2 do presente título vinculan a todos os poderes públicos”.
- Disposición derogatoria, apartado 3: así mesmo, quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ao establecido nesta Constitución”.
- A Constitución é unha norma xurídica de aplicación directa, pero esa aplicabilidade directa debe matizarse debido a dous factores: a) a heteroxeneidade das súas normas; b) o carácter aberto e deliberadamente indeterminado dos seus preceptos.
 - Con relación á heteroxeneidade das normas constitucionais, debe sinalarse que, en efecto, non expón dúbida a eficacia directa de determinadas normas completas como as normas constitucionais de organización, constitutivas de entes públicos, reguladoras do sistema de produción normativa, de reserva ou atributivas de competencia ou as que establecen dereitos e liberdades fundamentais. Con todo, hai dous grupos de normas que expoñen dúbidas con relación á súa eficacia directa:
 - Os valores superiores do ordenamento xurídico, que algún autor cualificou (SANTAMARÍA PASTOR) como normas principais e aos que o Tribunal Constitucional lles recoñeceu “xuridicidade” e “normatividade” operando cunha “eficacia parella á dos principios constitucionais pero mediatizada polo seu maior grao de abstracción e indeterminación”. En particular, teñen a seguinte eficacia: a) son un criterio interpretativo, é dicir, indican o sentido en que deben interpretarse os dereitos fundamentais e as liberdades públicas, así como os principios constitucionais; b) son un criterio de constitucionalidade, é dicir, establecen o marco de referencia para o axuizamento da constitucionalidade cando a Constitución non contén unha regulación material ou lle deixa liberdade ao lexislador; c) expresan mandatos positivos para os poderes públicos.

- Os principios reitores da política social e económica, cuxo recoñecemento, respecto e protección informarán a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos; só poderán ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan (artigo 53.3 da Constitución).
- Con relación ao carácter aberto e deliberadamente indeterminado dos seus preceptos (a través de técnicas como o “contido esencial” ou a “garantía institucional”), este é un mecanismo para outorgar unha maior eficacia protectora (por exemplo, a diferenza do concepto civil, administrativo ou constitucional de domicilio) e configurar a Constitución como un marco de coincidencias suficientemente amplo para que, dentro del, caiban opcións políticas de moi diverso signo, único modo, ademais, de facer efectivo o valor superior do pluralismo político recollido no artigo 1.1 da Constitución.
- A Constitución é, ademais, a *lex superior*, a norma suprema de todas as que integran o dereito positivo; desta natureza derívanse as seguintes consecuencias:
 - Unha consecuencia formal ou a superlegalidade formal, pois a Constitución garante a estabilidade dos seus preceptos mediante a imposición de procedementos distintos e agravados de reforma regulados no seu título X, sendo intanxible, polo tanto, para os procedementos lexislativos ordinarios.
 - Unha consecuencia material ou a superlegalidade material da Constitución como norma de rango superior. Iso determina: a) que todos os actos e normas xurídicos deben posuír un contido compatible cos preceptos constitucionais como requisito de validez; e b) a existencia de órganos públicos que poden contrastar todo tipo de actos e normas coa Constitución e, se é o caso, anulalos, o que dá lugar a existencia da xurisdición constitucional e do Tribunal Constitucional.
 - En terceiro lugar, funciona como parámetro interpretativo das demais normas xurídicas, pois a interpretación destas debe ter en conta e ser compatible cos preceptos da Constitución. Iso, pola súa vez, ten as seguintes manifestacións:

- É unha norma integradora, unha fonte de criterios e directrices, sede e albergue de principios xerais do dereito que lle permiten ao lexislador cubrir as lagoas que presenten as normas escritas con preferencia a calquera outra norma.
- A interpretación conforme á Constitución, pois os órganos xudiciais, ao exercer o dereito de comprobación, poden apreciar que unha norma admite distintas interpretacións, unhas compatibles coa Constitución e outras non; neste caso, a regra da interpretación conforme á Constitución obriga o operador xurídico a utilizar a interpretación axustada á Constitución e a rexeitar as demais.
- A Constitución é o contexto sistemático, primario e preferente, en cuxo marco debe efectuarse a interpretación das demais normas xurídicas.

II. A LEI: CONCEPTO E CLASES

1. CONCEPTO

O concepto de lei, no ordenamento xurídico español, caracterízase por:

- Ser un concepto puramente formal, xa que son os elementos formais (órgano do que procede, procedemento seguido para a súa elaboración) os determinantes para que poida falarse de lei e os que lle outorgan a específica forza que diso se deriva, a forza de lei; por iso, seguindo a GARCÍA DE ENTERRÍA, pode definirse a lei como “o acto publicado como tal lei nos boletíns oficiais do Estado e, se é o caso, das comunidades autónomas, que expresa un mandato normativo dos órganos que teñen constitucionalmente atribuída a potestade lexislativa”.
- Ser un concepto plural, pois dentro deste concepto intégranse “diferentes tipos normativos de diverso nome e orixe, que posúen idéntico valor formal, idéntica forza de lei”.

Tendo isto en conta e considerando que o estudo do procedemento lexislativo, sanción, promulgación e publicación faise no dereito constitucional, a análise da lei proxéctase

sobre os seguintes aspectos:

- Titularidade da potestade lexislativa. A potestade lexislativa correspóndelle en primeiro termo ás Cortes Xerais, pois a Constitución, tras sinalar no preámbulo que “a lei é a expresión da vontade popular”, determina no seu artigo 66.2 que “as Cortes Xerais exercen a potestade lexislativa do Estado”. Con todo, a Constitución tamén “recoñece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións” (artigo 2), atribúelles ás comunidades autónomas autonomía para a xestión dos seus intereses (artigo 137) e fala de “assembleas lexislativas” nas comunidades autónomas (artigo 152.1), ademais de confiarlle ao Tribunal Constitucional o control das “disposicións normativas con forza de lei” das comunidades autónomas (artigo 153.a). Estas referencias habilitan as comunidades autónomas para o exercicio da potestade lexislativa segundo a xeral e consolidada interpretación doutrinal e xurisprudencial; trátase dunha habilitación constitucional diferida aos estatutos, ao xogo do principio dispositivo, aínda que, na práctica, todas as comunidades autónomas asumiron a potestade lexislativa (salvo Ceuta e Melilla).
- Contido da lei. O contido da lei é sempre un mandato normativo, xa sexa xeral (que é o corrente), xa singular ou excepcional (leis medida); na determinación deste contido, o lexislador está vinculado positivamente pola Constitución, como norma básica do ordenamento xurídico e superior en rango, co que o lexislador non pode contradicir os preceptos constitucionais so pena de inconstitucionalidade.

2. CLASES

Os diferentes tipos normativos con rango ou forza de lei poden clasificarse do seguinte modo:

- Leis de orixe parlamentaria, que se subdividen en leis estatais e autonómicas. Dentro das primeiras distínguense:
 - Tipos básicos: leis orgánica e leis ordinarias.
 - Leis estatais de integración dos subsistemas autonómicos: leis básicas, leis marco, leis de transferencia ou delegación, leis de harmonización.

- Normas con rango de lei producidas polo executivo: decretos-leis e decretos lexislativos.

- Leis orgánicas

As leis orgánicas son un tipo normativo novo introducido pola Constitución 1978, que o caracteriza no seu artigo 81 con base en dous criterios:

- Un material, ao sinalar no seu apartado 1 que “son leis orgánicas as relativas ao desenvolvemento dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas, as que aproben os estatutos de autonomía e o réxime electoral xeral e as demais previstas na CE”. Este último inciso dálle entrada a unha longa e heteroxénea lista de supostos.
- Outro formal ao engadir o apartado 2 que “a aprobación, modificación ou derogación das leis orgánicas esixirá a maioría absoluta do Congreso nunha votación final sobre o conxunto do proxecto”.

Ademais desta configuración, a Constitución dedícalles ás leis orgánicas outros preceptos que expresan unha especial protección e unha singular posición deste tipo normativo no ordenamento xurídico. Así: a) en materias reservadas a lei orgánica non cabe delegación do pleno a favor das comisións lexislativas (artigo 75.3) nin delegación a favor do Goberno mediante decreto lexislativo (artigo 82.1); b) tampouco cabe a iniciativa lexislativa popular (artigo 87.3 CE).

- Leis ordinarias

O campo propio das leis ordinarias vén determinado por todas aquelas materias que non se atopan expresamente reservadas ás leis orgánicas, erixíndose, polo tanto, tales materias reservadas á lei orgánica no único límite ás leis ordinarias.

O que si existe na Constitución son múltiples supostos de reserva de lei ordinaria, é dicir, materias que unicamente por normas con ese rango poden ser reguladas.

Dentro das leis ordinarias hai que facer referencia ás leis de comisión. O artigo 75 da Constitución, despois de sinalar que “As cámaras funcionarán en pleno e por comisións”,

autoriza expresamente que o pleno poida delegar nestas “a aprobación de proxectos ou proposicións de lei”, sen prexuízo de “solicitar en calquera momento novamente o debate e votación de calquera proxecto ou proposición de lei que fose obxecto desta delegación”. Desta facultade de delegar exclúense só a reforma constitucional, as cuestións internacionais, as leis orgánicas e de bases e os orzamentos xerais do Estado.

- Leis básicas

O artigo 149.1 da Constitución contén unha longa enumeración de materias que se reservan á exclusiva competencia do Estado. Con todo, o ámbito de reserva que este precepto establece sobre cada unha das materias é desigual.

Simplificando moito as cousas –pois as variacións son innumerables–, pode dicirse que o constituínte resérvalle ás veces ao Estado unha materia en bloque, o que equivale á atribución ao Estado da totalidade das potestades públicas sobre a materia; noutros casos, en cambio, a asunción límitase ao exercicio da potestade normativa sobre unha materia, o que supón a posibilidade de que os estatutos de autonomía lles atribúan ás comunidades as competencias ou potestades executivas ou de xestión sobre esta; e noutros, por último, a reserva ao Estado refírese exclusivamente ás “bases”, ás “normas básicas”, ao “réxime xeral” ou á “lexislación básica” dunha determinada materia, coa consecuencia da posibilidade de asunción polas comunidades autónomas de todas as potestades públicas sobre a materia, incluso a lexislativa, pero respectando as ditas normas ou lexislación básica.

A mención dunha categoría de leis básicas expón como primeiro problema o de cal poida ser o seu contido:

- Positivamente, a lexislación básica debe conter todas as normas necesarias para que unha materia goce dunha regulación uniforme nos seus aspectos esenciais, na totalidade do territorio nacional.
- Negativamente, a Constitución, ao limitar as competencias estatais á determinación do básico, esixe implicitamente que a lexislación deste carácter lles deixe ás comunidades autónomas espazo suficiente para que estas poidan

desenvolver políticas ou opcións propias.

En canto á diferenciación das leis básicas doutras figuras afíns, como son as leis de bases que executan a delegación lexislativa (artigo 82.2 da Constitución) e as leis marco que regula o artigo 150.1 da Constitución, debe sinalarse que a lei básica non entraña delegación lexislativa de ningún tipo; non se desenvolve mediante textos articulados nin supón unha translación ás comunidades autónomas de potestades normativas de titularidade estatal; non é a lei básica a que habilita a comunidade autónoma a regular unha materia, senón a Constitución e o estatuto de autonomía. Tampouco poden equipararse as leis básicas ás leis marco, as cales habilitan ás comunidades autónomas a regular materias que son de competencia integramente estatal, ao contrario do que ocorre coas leis básicas, que deben recaer sobre materias nas que a potestade normativa se atopa, a priori, repartida pola Constitución entre o Estado e as comunidades autónomas

En canto á forma que a lei debe revestir, a sentenza do Tribunal Constitucional do 28 de xullo de 1981 sinala que “a noción de bases ou de normas básicas debe ser entendida como noción material e, en consecuencia, eses principios ou criterios básicos, estean ou non formulados como tales, son os que racionalmente se deducen da lexislación vixente”.

Polo que respecta ao rango que debe posuír a lexislación básica, a xurisprudencia constitucional declarou que o instrumento para establecer as bases é primariamente a lei; con todo, admítase a posibilidade de que por vía regulamentaria regule o executivo aspectos concretos do núcleo básico previamente definido como tal polo lexislador preconstitucional.

- Leis marco

O artigo 150 da Constitución fai referencia, nos seus tres apartados, a outros tantos tipos normativos a través dos cales o Estado pode modular a atribución de competencias que os estatutos de autonomía efectuasen en favor das correspondentes comunidades autónomas.

O primeiro deles, coñecido usualmente co nome de leis marco, vén regulado no apartado primeiro do precepto citado, segundo o cal “as Cortes Xerais, en materia de competencia

estatal, poderán atribuír a todas ou a algunhas das comunidades autónomas a facultade de ditar, para si mesmas, normas lexislativas no marco dos principios, bases e directrices fixados por unha lei estatal. Sen prexuízo da competencia dos tribunais, en cada lei marco establecerase a modalidade do control das Cortes Xerais sobre estas normas lexislativas das comunidades autónomas”.

As características xerais desta modalidade lexislativa poden reducirse a dúas fundamentais. En primeiro lugar, a lei marco é unha modalidade de delegación lexislativa, mediante a cal a lei estatal, en lugar de esgotar por si a regulación dunha materia sobre a que é competente, opta por remitirlles unha parte da devandita regulación ás comunidades autónomas. E, en segundo lugar, a lei marco é unha técnica de ampliación da potestade lexislativa das comunidades autónomas, mediante a cal o Estado pode estender o campo de acción desta a materias asumidas mediante o seu respectivo estatuto de autonomía.

- As leis de transferencia ou delegación

O segundo apartado do artigo 150 da Constitución contén a regulación das que a linguaxe ordinaria resolveu en chamar leis de transferencia ou delegación, nos termos seguintes: “O Estado poderá transferir ou delegar nas comunidades autónomas, mediante lei orgánica, facultades correspondentes a materias de titularidade estatal que pola súa propia natureza sexan susceptibles de transferencia ou delegación. A lei preverá en cada caso a correspondente transferencia de medios financeiros, así como as formas de control que se reserve o Estado”. Atopámonos ante unha segunda técnica de ampliación extraestatutaria das competencias das comunidades autónomas.

O problema máis difícil de cantos expón esta técnica normativa é o relativo á determinación das materias en cuxo ámbito pode operar, cuestión esta sobre a que a xurisprudencia constitucional non se pronunciou en forma determinante e á que a doutrina lle deu respostas dispares. GARCÍA DE ENTERRÍA opina que a transferencia ou delegación pode recaer mesmo sobre as materias que o artigo 149.1 da Constitución cualifica como da competencia exclusiva do Estado, pois o que se estaría transferindo, en todo caso, non é a titularidade sobre estas, senón “facultades de xestión ou de ordenación” que farían

viable a colaboración entre as comunidades autónomas e o Estado.

- Leis de harmonización

As técnicas legislativas de modulación das competencias autonómicas péchanse no artigo 150.3 da Constitución cun tipo legal para o que a práctica doutrinal consagrou o nome de “leis de harmonización”: “O Estado poderá ditar leis que establezan os principios necesarios para harmonizar as disposicións normativas das comunidades autónomas aínda no caso de materias atribuídas á competencia destas, cando así o esixa o interese xeral. Correspóndelles ás Cortes Xerais, por maioría absoluta de cada cámara, a apreciación desta necesidade”.

En efecto, no exercicio das potestades normativas que as comunidades autónomas posúen sobre unha materia concreta, estas ditan normas que, loxicamente, terán contidos diversos; esta disparidade, que non é en si ilícita, pode chegar a ser en si mesma lesiva para o interese xeral. En tal caso, a Constitución autoriza as Cortes para ditar unha lei na que se establezan normas xerais e básicas sobre esta materia que restauren a uniformidade mínima que o interese xeral esixe: unha lei que non desapodera as comunidades autónomas da súa potestade normativa abstracta sobre a materia, senón que incide sobre as disposicións ditadas no seu exercicio, substituíndo ás xa ditadas e vinculando para o futuro ao lexislador autonómico, que haberá de exercer a súa potestade respectando os contidos establecidos na devandita lei estatal.

En todo caso, é necesario insistir no carácter netamente excepcional desta técnica normativa.

- As leis das comunidades autónomas

As leis autonómicas son normas de iguais caracteres que as leis estatais, con algunhas peculiaridades.

Son normas directa e xerarquicamente infraordenadas á Constitución e ao estatuto de autonomía, o que implica: a) a declaración de nulidade da lei autonómica contraria á Constitución ou ao estatuto de autonomía (declaración que só lle compete ao Tribunal Constitucional); b) a obriga de interpretar a lei autonómica conforme á Constitución e

conforme ao estatuto de autonomía. Se houberse unha desigual significación entre ambas as interpretacións, deberá prevalecer a primeira por ser a Constitución *lex superior*.

A lei autonómica non se limita a executar a Constitución e o estatuto de autonomía, senón que, do mesmo xeito que no ámbito estatal, o lexislador autonómico opera, no marco da Constitución e o estatuto de autonomía, con liberdade de configuración normativa, aínda que debe apoiarse nun apoderamento concreto do seu estatuto de autonomía que lle atribúa competencia para regular unha determinada materia.

A lei autonómica é un “instrumento normativo idóneo para cumprir a esixencia de rango inherente ao principio de reserva de lei, sempre que se trate de materias nas que as comunidades autónomas teñan competencia plena” (sentenza do Tribunal Constitucional 37/1981). Por conseguinte, a reserva de lei non significa unha atribución de competencia ao Estado (salvo no caso da reserva de lei orgánica, pois esta só pode ser estatal).

En canto á relación entre lei autonómica e lei estatal, cabe apuntar o seguinte:

- Desde unha perspectiva estática ambas as normas réxense polo principio de competencia pois actúan sobre materias diferentes (ou sobre niveis diferentes dunha mesma materia), que deben quedar definidas pola Constitución e o estatuto de autonomía.
- Desde unha perspectiva temporal debe matizarse a eficacia do anterior principio, pois a aprobación dun estatuto de autonomía supón atribuírles ás comunidades autónomas competencias sobre materias ata entón reguladas por leis estatais. Así:
 - a) por un principio de continuidade, para evitar baleiros normativos, as leis estatais non devirán ineficaces por incompetencia sobrevinda do lexislador estatal, senón que seguirán en vigor ata que o lexislador autonómico as substitúa por leis propias; este é o camiño apuntado pola regra de supletoriedade do dereito estatal do artigo 149.3 CE; b) cando a lei autonómica entra en vigor, entra en xogo o principio de desprazamento, pois a lei autonómica despraza a estatal, que poderá continuar aplicándose noutras comunidades autónomas.

En caso de colisión, por regular unha lei autonómica ou estatal materias sobre as que as

comunidades autónomas ou o Estado non teñen atribuída competencia, aplícase o principio de competencia, o que determina a nulidade da lei correspondente por incompetencia do órgano emisor desta.

Se a lei autonómica e estatal concorren a regular una mesma materia nos casos constitucionalmente previstos (lexislación básica, leis marco e leis de harmonización), a Constitución garante a prevalencia da lei estatal sobre a autonómica (artigo 149.3). Así, a lei autonómica posterior no tempo que infrinxe a lei estatal é nula; en cambio, é controvertido se á lei autonómica anterior no tempo a unha nova lexislación básica estatal coa que resulta incompatible debe verse simplemente desprazada por esta última, sen perder formalmente a súa validez nin a súa vixencia (tese de GARCÍA DE ENTERRÍA), ou pola contra debe entenderse que incorre en inconstitucionalidade sobrevinda e, polo tanto, é nula (tese que sostén a doutrina maioritaria do Tribunal Constitucional).

Se nun mesmo suposto de feito concorren normas incompatibles dunha lei autonómica e dunha lei estatal, relativas a materias diversas para cuxa regulación son, respectivamente, competentes, o conflito tamén se soluciona a favor da lei estatal en virtude do principio de prevalencia do artigo 149.3 da Constitución.

III. DISPOSICIÓNS DO EXECUTIVO CON FORZA DE LEI: DECRETOS-LEIS E DECRETOS LEGISLATIVOS

Ademais das normas de produción parlamentaria, a Constitución atribúelle ao executivo a facultade de ditar normas con valor de lei, facultade que teñen igualmente recoñecida os consellos de goberno autonómicos en virtude dos respectivos estatutos de autonomía. Como sinala o artigo 127 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, “o Goberno da Nación poderá aprobar reais decretos-leis e reais decretos legislativos 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”.

1. DECRETOS LEGISLATIVOS

- Concepto

Os decretos legislativos son normas emanadas do Goberno con rango de lei que esixen un apoderamento previo ou habilitación expresa conferida *ad hoc* ao Goberno por unha lei do Parlamento. Prevense nos artigos 82 a 85 da Constitución, que denominan ao apoderamento “delegación legislativa”, á lei que outorga o apoderamento, “lei de delegación” e ao contido do decreto legislativo, “lexislación delegada”. Os decretos legislativos:

- Son o froito dunha colaboración habitual na produción normativa entre o Goberno e as Cortes.
- Teñen o seu ámbito natural no campo da lexislación complexa cuxa perfección técnica esixe a capacidade de estudo e medios de que dispón o Goberno e non o Parlamento, o cal se limita a establecer as pautas xurídicas e políticas que se deben seguir.
- Poden ser estatais ou autonómicos, pois a maioría dos estatutos de autonomía regúlanos expresamente de forma análoga á Constitución.

- Modalidades de delegación legislativa

Hai dúas modalidades descritas polo artigo 82.2 da Constitución, a cuxo tenor “a delegación legislativa deberá outorgarse mediante unha lei de bases cando o seu obxecto sexa a formulación de textos articulados ou por unha lei ordinaria cando se trate de refundir varios textos legais nun só”. É dicir, a delegación pode facerse mediante unha lei de bases para a formación de textos articulados, onde a lei de bases regula a materia no ámbito de principios e directrices e o Goberno descende ao detalle cun texto articulado cuxo contido debe respectar esas directrices, ou mediante unha lei ordinaria para un texto refundido, se se pretende reducir á unidade as normas dispersas que sobre unha materia se conteñen en textos legais promulgados ao longo do tempo.

- Réxime xurídico das leis de delegación

Os artigos 82 a 85 da Constitución regulan os requisitos e límites que as Cortes Xerais deben observar respecto das leis de bases ou ordinarias de delegación lexislativa, que poden sistematizarse así:

- Límites subxectivos: conforme ao artigo 82.1 da Constitución, a delegación debe outorgarse polas Cortes Xerais e exclusivamente ao Goberno, co que se exclúe que a delegación a outorgue outro órgano diferente das Cortes e a delegación só pode recaer no Goberno, e non noutro órgano, coma os ministros.

- Límites obxectivos, relativos ao contido material da lei de delegación, e que poden expoñerse así:

- Contido necesario común a ambas as modalidades de delegación (lei de bases e lei ordinaria). Recóllese no artigo 82.3 da Constitución, que establece que “a delegación lexislativa haberá que outorgarlle ao Goberno de forma expresa para materia concreta e con fixación do prazo para o seu exercicio”.

O carácter expreso da delegación esixe a inclusión na parte dispositiva da lei delegante dun precepto que de modo inequívoco manifeste a vontade do lexislador de habilitar ao Goberno para ditar unha norma con rango de lei.

A concreción do ámbito material da delegación esixe que esta se refira a unha materia no sentido en que emprega este termo a Constitución, isto é, entendida como un sector delimitado de intervención lexislativa ou administrativa (expropiación, contratos do Estado, augas, lexislación hipotecaria); con iso exclúese tacitamente a posibilidade de leis de plenos poderes ou que a delegación se faga sobre a base de conceptos materiais ou títulos competenciais de contido laxo, non claramente unívoco ou de alcance transversal indefinido (liberdade de empresa, calidade de vida, medio ambiente, cultura...).

A duración temporal da delegación, unida a que non poderá concederse por tempo indeterminado, esixe que o lexislador ben fixe unha data terminal,



ben fixe un prazo determinado, ben fixe un prazo por relación a un feito *certus an et quando* (por exemplo, ata o fin da lexislatura).

- Contido necesario da delegación mediante lei de bases. Recóllese no artigo 82.4 da Constitución, que sinala que “as leis de bases delimitarán con precisión o obxecto e alcance da delegación lexislativa e os principios e criterios que deben seguirse no seu exercicio”.

A delimitación con precisión do obxecto e alcance da delegación lexislativa supón precisar, dentro da materia concreta, o conxunto de temas ou cuestións incluídos na delegación, os seus límites materiais extrínsecos.

A delimitación dos principios e criterios que deben seguirse no seu exercicio fai referencia ao contido material das bases, aos seus límites materiais intrínsecos da materia delegada. Iso implica que a lei de bases debe establecer contidos materiais xenéricos que o Goberno debe observar, sen que caiban delegacións en branco. Os principios fan referencia ás normas de fondo sobre a materia para regular, normas de gran xeneralidade que o texto articulado debe precisar; os criterios fan referencia ás normas directivas, aos fins e obxectivos a que debe tender o texto articulado. O establecemento de principios e criterios non impide que a lei de bases poida conter normas de detalle sobre algún aspecto concreto da materia.

- Contido necesario da delegación para refundir textos legais. Especificase no artigo 82.5 da Constitución, a cuxo tenor “a autorización para refundir textos legais determinará o ámbito normativo a que se refire o contido da delegación, especificando se se circunscribe á mera formulación dun texto único ou se se inclúe a de regularizar, aclarar e harmonizar os textos legais que deben ser refundidos”.

A determinación do ámbito normativo a que se refire a delegación expresa que a lei debe indicar con claridade os textos legais concretos cuxos preceptos deben ser integrados no texto refundido, debe acoutar a materia delegada, podendo ser a indicación nominativa (tal lei) ou usando conceptos



xerais (contratos do Estado); aínda que se refira a “textos legais” non habería problema para admitir tamén a refundición dalgunha norma regulamentaria, elevándose o seu rango.

Debe especificarse se a delegación se circunscribe á formulación dun texto único (que parece excluír a posibilidade de modificar, nin sequera minimamente, os textos para refundir, limitándose o Goberno a xustapoñer os preceptos das diferentes leis, a “republicalos ordenadamente” sen introducir ningún elemento creativo, o cal é verdadeiramente excepcional), ou se se inclúe a facultade de regularizar, aclarar e harmonizar os textos legais que deben ser refundidos (expresándose con esta acumulación de termos que o labor do Goberno debe limitarse a facer as modificacións superficiais que os textos refundidos requiran para darlle un sentido coherente e sistemático ao resultante).

- Prohibicións de carácter obxectivo

Exclúense da delegación: a) as materias que deben ser reguladas por lei orgánica (artigo 82.1 da Constitución); b) as funcións que lles competen ás Cortes, non como órgano lexislativo, senón por outros conceptos, se exerzan ou non mediante leis (control político),

Prohíbese a subdelegación, segundo o aforismo *delegata potestas delegari non potest*, ao sinalar o artigo 82.3 da Constitución que a delegación “tampouco poderá permitir a subdelegación a autoridades distintas do propio Goberno”. A prohibición de subdelegar non impide o exercicio da potestade regulamentaria en execución do decreto lexislativo, aínda que o regulamento non poderá entrar no desenvolvemento das bases (que deberán selo polo texto articulado), salvo en aspectos materiais, de detalle ou operativos.

Segundo o artigo 83 da Constitución, as leis de bases non poderán en ningún caso: a) autorizar a modificación da propia lei de bases; b) “facultar para ditar normas con carácter retroactivo”, co que estas normas só poderán ter orixe parlamentaria.

- Eficacia da lei de delegación. Esta eficacia proxéctase *ad extra* e *ad intra*:

- A eficacia *ad extra* determina que a lei de delegación, como mero acto de habilitación de potestade normativa, só vincula ao Goberno e as súas prescricións non obrigan os cidadáns nin a Administración nin os xuíces estarían obrigados a aplicalas, senón cando o Goberno aprobase o decreto legislativo. Esta eficacia debe ser matizada.

Cando se trata de refundir textos legais: a) a norma que autoriza a refundición carece de contido material e só obriga ao Goberno; b) os textos legais que se van refundir non ven alterados na súa vixencia e aplicación pola autorización, senón que se seguirán aplicando, converténdose en parámetros materiais aos que debe axustarse o Goberno.

As leis de bases, a pesar do seu contido material, pola súa xeral falta de concreción só vinculan ao Goberno, pero a súa eficacia non se limita a establecer un vínculo fiduciario entre o legislativo e o executivo, senón que se proxecta nos seguintes ámbitos: a) poden ser declaradas inconstitucionais por motivos formais; b) poden servir de criterio interpretativo da lexislación anterior cando as bases supoñan un cambio dos principios inspiradores da regulación dunha materia determinada; c) unha vez aprobado o decreto legislativo, as bases convértense en parámetros para axuizar a validez do texto articulado e fúndense co texto articulado, formando un todo unitario que concorre á normación da materia regulada.

- A eficacia *ad intra* permite que as Cortes Xerais: a) deixen sen efecto a delegación mediante unha nova lei derogatoria da delegante (revogación expresa da delegación); ou b) revoguen a delegación de forma implícita, procedendo a regular elas mesmas a materia delegada.

- *Réxime xurídico dos decretos legislativos*

- Límites obxectivos. O exercicio da delegación polo Goberno consiste nunha tarefa de formulación de normas xurídicas de caracteres diversos, segundo se formule un

texto articulado ou un texto refundido.

Se a delegación remite a un texto articulado o labor do Goberno consiste en desenvolver os principios e criterios contidos nas bases; o concepto de desenvolvemento expón, entre outros, os seguintes problemas:

- Os límites externos da operación de desenvolvemento, que poden expresarse así: a) o Goberno poderá ditar todas as normas necesarias para regular a materia obxecto de delegación; b) as normas non teñen que limitarse ao desenvolvemento puntual e constrictivo das frases ou ideas expresadas nas bases, senón que ten un amplo poder de creación normativa.
- A natureza da operación de desenvolvemento ou tipo de vinculación que o texto articulado debe gardar coas bases: o texto articulado deberá respectar as bases e establecer unha regulación coherente co programa normativo, existindo unha relación de desenvolvemento harmónico, pois texto e bases forman un corpus lexislativo único entre cuxas partes debe darse un axuste perfecto.
- O grao de concreción do texto articulado ou a marxe que o texto articulado debe deixar para o desenvolvemento regulamentario: o texto articulado ten un límite mínimo de detalle (desenvolver as bases cun grao de detalle estándar nas leis de produción parlamentaria sen amplas remisións a regulamentos posteriores, porque violaría a lei delegante), pero non ten un límite máximo, polo que poderá ou non descender a especificacións que, normalmente, se farían en regulamentos.

Cando a delegación remite a un texto refundido, expóñense os seguintes problemas:

- Os límites externos ou determinación dos textos legais que se van refundir. Estes serán: a) os designados nominativamente na lei delegante; b) se esta non os designa nominativamente, senón que emprega conceptos xenéricos que poden afectar a distintos textos, deberá interpretarse a norma que



autoriza a refundición (antecedentes legislativos, interpretación sistemática) e, na súa falta, aterse ao principio da unificación normativa como fin institucional da refundición, debendo incluírse todas as disposicións legais referidas á materia co significado máis amplo que goce dun certo consenso teórico.

- Os límites internos expoñen problemas cando a delegación autoriza ao Goberno para regularizar, aclarar e harmonizar os textos para refundir, non cando se trata da mera formulación dun texto único, porque neste último suposto o labor é puramente mecánico.

No primeiro caso o Goberno debe redactar un texto que regule unitaria, ordenada e sistematicamente unha materia, fragmentaria e heteroxénea, de diferentes épocas e con principios e pautas de redacción diferentes e debe facelo respectando ao máximo os materiais legislativos que deben ser refundidos. Para iso debe: a) fixar os principios que deben inspirar o novo texto, inducíndoos do conxunto de textos que se van refundir, preferindo, entre eles, os que inspiren os textos máis recentes; b) realizar sobre os textos para refundir tres tipos de operacións: de adición (engadindo normas novas para cubrir as lagoas que ofrezan as refundidas para regularizar, aclarar e harmonizalas), de supresión (das normas derogadas expresa ou tacitamente, as de carácter repetitivo, as transitorias cuxo suposto de feito xa se esgotou) e de alteración (debido a necesidades impostas pola corrección da linguaxe, actualización de termos e para clarificar o sentido de expresións escuras).

- Límites formais. Estes límites aféctanlles aos seguintes aspectos:

- A identificación do decreto legislativo, pois sinala o artigo 85 da Constitución que “as disposicións do Goberno que conteñan lexislación delegada recibirán o título de decretos legislativos”; iso esixe que a norma delegada se publique no *Boletín Oficial do Estado* co rótulo “decreto legislativo” para a seguridade xurídica.



- Os aspectos temporais que expoñen dúas cuestións.

A primeira é que trámites do procedemento de elaboración do decreto legislativo deben cumprirse dentro do prazo fixado pola lei delegante. Segundo a doutrina maioritaria e a xurisprudencia, nese prazo debe ter lugar a íntegra publicación do decreto legislativo no *Boletín Oficial do Estado*.

A segunda é, dentro dese prazo, que poderes posúe o Goberno para exercitar a delegación. Estes poderes reflíctense nas seguintes regras: a) a Constitución consagra a tese da instantaneidade, ao sinalar o artigo 82.3 da Constitución que “a delegación se esgota polo uso que dela faga o Goberno mediante a publicación da norma correspondente”; iso impídelle ao Goberno que, dentro do prazo sinalado e en tanto non expire, poida aprobar un texto e modificalo varias veces ou substituílo por outros; b) o exercicio da delegación terá lugar mediante a publicación dun só texto, se se trata dun texto refundido (pola súa finalidade institucional de unidade normativa), pero se se trata dun texto articulado nada impide que, dentro do prazo de delegación, se desenvolvan as bases mediante decretos legislativos sucesivos e parciais.

- Os aspectos procedimentais ou trámites que deben seguirse para a elaboración dos decretos legislativos. Destacan dous aspectos.

En primeiro lugar, os decretos legislativos son unha disposición que emana do Goberno e, en canto tal, o seu proceso de formación debe suxeitarse ás regras do procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral do Goberno e a Administración, hoxe contidas no título VI da Lei 39/2015 e no título V da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno.

En segundo lugar, a eses trámites debe engadirse a esixencia de ditame previo do Consello de Estado en pleno sobre o proxecto de decreto legislativo (artigo 21.3 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado).

Ademais, a propia lei delegante pode esixir a observancia de trámites



específicos, como determinados informes ou consultas, posibilidade recollida no artigo 82.6 da Constitución, que permite establecerlle ao lexislador as fórmulas adicionais de control, que non deben ser necesariamente a posteriori.

Tendo todo isto en conta, cabe facer a seguinte observación: as regras establecidas no título VI da Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas e no título V da Lei do Goberno son aplicables a todo tipo de normas elaboradas polo Goberno, pero, se se trata de decretos lexislativos, hai que diferenciar os “externa corporis acta” (observancia dos límites da delegación), expresamente fiscalizables polo disposto no artigo 82.6 da Constitución, dos “interna corporis”. Desde esta última perspectiva, o decreto lexislativo non é equiparable a unha lei, senón a un regulamento, e a inobservancia do procedemento determina a invalidez da norma, que poderá ser declarada polos tribunais contencioso-administrativos, sen que a forza de lei dos decretos lexislativos poida validar o vicio, xa que a súa eficacia limítase á súa capacidade de innovación activa e pasiva.

- Eficacia do decreto lexislativo. Pode ser normal ou anormal.
 - A eficacia normal resúmese en dous tipos de consecuencias: a) a publicación da norma leva á extinción automática, *ipso iure*, da potestade delegada, que non poderá volver ser exercida sobre a mesma materia, con independencia de que o decreto lexislativo sexa válido ou non; b) o decreto lexislativo incorpórase ao sistema normativo como norma dotada de forza ou rango de lei (artigo 82.1 da Constitución), o que lle dá resistencia pasiva á innovación (só pode ser derogada por outra norma de rango legal) e capacidade de innovación activa (pode derogar expresa ou tacitamente outras normas con rango de lei anteriores), pero carece de inmunidade de control por parte dos tribunais ordinarios, que poderán comprobar e declarar o seu axuste ao sistema normativo, segundo o artigo 82.6 da Constitución (“sen prexuízo da competencia propia dos tribunais, as leis de delegación poderán establecer en cada caso fórmulas adicionais de control”).



- A eficacia anormal fai referencia ás consecuencias da infracción dos límites da delegación.

Se se vulneran límites extrínsecos ao mecanismo da delegación (procedemento de elaboración, artigos 82 a 85 da Constitución, que establecen o réxime da delegación e o seu exercicio, nulidade da lei delegante, por exemplo, cando non sinala principios nin criterios nin prazo) a consecuencia lóxica é a nulidade do decreto legislativo, na súa totalidade ou nas normas en que se concrete a infracción.

Se se vulneran límites intrínsecos, o problema é máis complexo, e deben diferenciarse varios supostos. As infraccións formais por inobservancia dos requisitos adicionais de procedemento establecidos pola lei delegante, artigo 82.6 da Constitución, e as infraccións materiais por contradición (por exemplo, a norma dun texto articulado contradí unha base ou a dun texto refundido modifica abertamente unha norma refundida) sanciónanse coa nulidade. As infraccións formais por incumprimento do prazo e as infraccións materiais por exceso (normas do decreto legislativo que non desenvolven directa nin indirectamente ningunha base ou non se conteñen nos textos para refundir) presentan dúbidas; un sector doutrinal estimou que non se produce a nulidade, senón unha degradación de rango a norma regulamentaria, pero tras a promulgación da Constitución esta tese é insustentable, porque a infracción do prazo determina a extinción da potestade delegada e a norma emanada con posterioridade é nula por incompetencia. As infraccións materiais por defecto (omisión de normas dos textos refundidos ou fragmentario desenvolvemento das bases) reciben un tratamento diferente. A omisión de normas dos textos refundidos non determina a nulidade do decreto legislativo senón a subsistencia das normas omitidas que continuarán en vigor; a falta de desenvolvemento das bases pode oscilar, segundo a entidade da omisión, entre a irrelevancia ou a nulidade de todo o texto articulado.

2. DECRETOS-LEIS

Ao decreto-lei refírese o artigo 86.1 da Constitución, cando sinala que “en caso de extraordinaria e urxente necesidade, o Goberno poderá ditar disposicións lexislativas provisionais que tomarán a forma de decretos-leis e que non poderán afectar o ordenamento das institucións básicas do Estado, aos dereitos, deberes e liberdades dos cidadáns regulados no título I, ao réxime das comunidades autónomas nin ao dereito electoral xeral”. Ademais, hai estatutos de autonomía que lle atribúen a mesma facultade ao correspondente consello de goberno autonómico en termos moi similares aos do referido precepto constitucional.

- Natureza xurídica e caracteres

A súa natureza xurídica ponse de manifesto na propia denominación de decreto-lei, que expresa o seu carácter híbrido:

- É, en primeiro lugar, un decreto, unha norma ditada polo Goberno en exercicio de poderes propios ao ser apoderado directamente pola Constitución, co que non é consecuencia dunha habilitación parlamentaria previa concedida *ad hoc*.
- En segundo lugar é unha lei, unha norma con rango de lei, ao cualificala o artigo 86.1 da Constitución como “disposición lexislativa provisional”. Con todo, o seu carácter provisional fai que só poida integrarse no ordenamento xurídico definitivamente con rango de lei mediante a súa convalidación polo Congreso dos Deputados.
- É, en terceiro lugar, un decreto-lei, o que expresa o seu carácter singular e excepcional, que impón a súa utilización en supostos fácticos taxados, a súa exclusión en determinadas materias e o seu carácter provisional e claudicante, esixindo confirmación parlamentaria nun prazo perentorio.

- Orzamento habilitante

O orzamento habilitante que lle permite ao Goberno ditar un decreto-lei é a concorrencia

dun caso de extraordinaria e urxente necesidade. Sobre a interpretación deste orzamento habilitante sinala o Tribunal Constitucional o seguinte nas súas sentenza 137/2001:

“Neste sentido, declaramos que a nosa Constitución adoptou unha solución flexible e matizou respecto do fenómeno do decreto-lei que, por unha banda, non leva á súa completa proscripción para do mantemento dunha ríxida separación dos poderes, nin se limita a permitilo dunha forma totalmente excepcional en situacións de necesidade absoluta, de modo que a utilización deste instrumento normativo se estima lexítima «en todos aqueles casos en que hai que alcanzar os obxectivos marcados para a gobernación do país, que, por circunstancias difíciles ou imposibles de prever, requiren unha acción normativa inmediata ou en que as conxunturas económicas esixen unha rápida resposta» (STC 6/1983, do 4 de febreiro, F. 5). Noutras palabras, o fin que xustifica a lexislación de urxencia non é outro que auxiliar a «situacións concretas dos obxectivos gobernamentais que por razóns difíciles de prever requiran unha acción normativa inmediata nun prazo máis breve que o requirido pola vía normal ou polo procedemento de urxencia para a tramitación parlamentaria das leis» (SSTC 11/2002, do 17 de xaneiro, F. 4, e 137/2003, do 3 de xullo)”.

- Límites materiais

Os decretos leis non poderán afectarlle ao ordenamento das institucións básicas do Estado, aos dereitos, aos deberes e liberdades dos cidadáns regulados no título I da Constitución, ao réxime das comunidades autónomas nin ao dereito electoral xeral. Destes límites, o máis polémico é o relativo aos dereitos, deberes e liberdades dos cidadáns.

Así o Tribunal Constitucional rexeitou, en sentenzas do 4 de febreiro de 1983 e 2 de decembro do mesmo ano, a coextensión dos artigo 81.1 (reserva de lei orgánica para o desenvolvemento dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas da sección primeira do capítulo II do título I da Constitución) e 86.1 (que se referiría a todos os dereitos, deberes e liberdades do título I), sendo máis amplo este último. En canto ao significado do termo afectar, a segunda sentenza citada establece que o artigo 86.1 debe ser entendido de tal modo que nin reduza á nada o decreto-lei, nin permita que por decreto-lei se regule o réxime xeral dos dereitos, deberes e liberdades do título I, nin dea pé para que por

decreto-lei se vaia en contra do contido ou elementos esenciais dalgúns de tales dereitos.

- Procedemento de elaboración

O artigo 26.11 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, impón os seguintes trámites para a elaboración dos decretos-leis estatais:

- A súa redacción estará precedida de cantos estudos e consultas se estimen convenientes para garantir o acerto e a legalidade da norma.
- Elaborarase unha memoria da análise de impacto normativo con carácter abreviado.
- A proposta someterase á Comisión Xeral de Secretarios de Estado e Subsecretarios e elevarase ao Consello de Ministros para a súa aprobación.
- O Ministerio da Presidencia, co obxecto de asegurar a coordinación e a calidade da actividade normativa do Goberno, analizará os distintos aspectos técnicos da proposta normativa.

- Control parlamentario

De acordo co artigo 86.2 da Constitución, os decretos-leis deberán ser inmediatamente sometidos a debate e votación de totalidade ao Congreso dos Deputados, convocado para o efecto se non estivese reunido, no prazo dos trinta días seguintes á súa promulgación. O Congreso haberá de pronunciarse expresamente dentro de devandito prazo sobre a súa convalidación ou derogación, para o que o regulamento establecerá un procedemento especial e sumario. Engade o artigo 86.3 que durante o mesmo prazo as Cortes poderán tramitalos como proxectos de lei polo procedemento de urxencia.

Así pois, o control parlamentario dos decretos-leis verifícao o Congreso dos Deputados, que pode validalos, derrogalos ou tramitalos como proxectos de lei polo procedemento de urxencia. Debe terse en conta que o Congreso, ao validar ou derrogar o decreto-lei, debe pronunciarse sobre o conxunto das súas disposicións sen modificalo. Para introducir modificacións deberá tramitalo como proxecto de lei polo procedemento de urxencia.

O control parlamentario prodúcese unha vez promulgado o decreto-lei, polo cal durante a tramitación do devandito procedemento aquel non perde a súa forza normativa. Se o pronunciamento é positivo, o decreto-lei non quedará convertido en lei parlamentaria, pero perderá o seu carácter de disposición lexislativa de carácter simplemente provisional, podendo producir efectos de maneira indefinida no tempo. Se o control é negativo, o decreto-lei quedará derogado, manténdose os efectos que xa producise desde a súa promulgación.

Se no prazo de trinta días non se adopta decisión algunha, LINDE e ALZAGA entenden que a provisionalidade determina a caducidade da norma, cos mesmos efectos que unha derogación expresa.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 2

**O REGULAMENTO: CONCEPTO E CLASES.
FUNDAMENTO E LÍMITES DA POTESTADE
REGULAMENTARIA. REGULAMENTOS ILEGAIS:
A SÚA IMPUGNACIÓN. REGULAMENTOS DOS
ÓRGANOS CONSTITUCIONAIS.**

TEMA 2. O REGULAMENTO: CONCEPTO E CLASES. FUNDAMENTO E LÍMITES DA POTESTADE REGULAMENTARIA. REGULAMENTOS ILEGAIS: A SÚA IMPUGNACIÓN. REGULAMENTOS DOS ÓRGANOS CONSTITUCIONAIS.

I. O REGULAMENTO: CONCEPTO E CLASES

1. CONCEPTO

A definición común máis usada para esta figura é a dunha disposición xurídica de carácter xeral ditada pola Administración e que se atopa subordinada á lei. Así, poden extraerse da definición exposta as características definidoras da figura do regulamento: disposición de carácter xeral (verdadeira norma e, en canto tal, regulación abstracta e xeral de situacións de futuro), que debe ser publicada e conserva vixencia indefinida. En canto norma, vén innovar, modificar ou derrogar o ordenamento xurídico no nivel xerárquico que corresponda.

- *Reglamento e acto administrativo*

Como sinala SANTAMARÍA PASTOR, o problema dos criterios distintivos das normas regulamentarias respecto dos actos administrativos é, desde logo, unha cuestión de alto porte teórico, pero tamén dunha considerable relevancia práctica: regulamentos e actos adoitan ter no noso dereito positivo a mesma denominación ou rotulación.

O regulamento presenta notables diferenzas co acto administrativo, en tanto que este último é unha mera aplicación do ordenamento a un suposto determinado, mentres que o regulamento forma parte dese mesmo ordenamento ao que innova:

- O acto esgótase co seu cumprimento mentres que o regulamento refórzase coa súa aplicación continuada.
- A potestade regulamentaria correspóndelles a uns órganos concretamente determinados, mentres que o feito de ditar actos administrativos é o modo normal de expresión de calquera órgano administrativo.
- O regulamento é revocable *ad nutum* mediante a súa derogación, modificación ou substitución, mentres que o acto administrativo está afectado polos límites da

revogación que impón a lei en garantía dos dereitos que se puideron xerar para o particular.

- A regra xeral no caso dos regulamentos ilegais é a nulidade de pleno dereito, que é a sanción máis grave correspondente á invalidez das actuacións administrativas. No caso dos actos administrativos, a regra xeral é a anulabilidade sendo a nulidade de pleno dereito un suposto restrinxido para casos taxados.
- A eficacia dos regulamentos está supeditada á súa publicación no boletín oficial que corresponda (artigo 131 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas), mentres que a eficacia dos actos depende da súa notificación ou publicación (artigo 39.2 da Lei 39/2015).
- A elaboración dos regulamentos está sometida a un procedemento específico, distinto do aplicable aos actos administrativos.
- Os regulamentos, ao contrario do que ocorre cos actos administrativos, non son susceptibles de recurso en vía administrativa (artigo 112.3 da Lei 39/2015).

A pesar do dito anteriormente, existe un tipo de actos cuxa diferenza dos regulamentos é de difícil apreciación. Referímonos aos actos xerais non normativos, que teñen como destinatario unha pluralidade indeterminada de suxeitos e poden chegar a publicarse. Desde un punto de vista teórico, o que identifica os regulamentos non é o modo de definición das persoas destinatarias destes, nin o número destes, senón o carácter abstracto do obxecto da norma; isto é, o suposto de feito a que a norma se refire ou da acción que a norma impón.

- Regulamento e circulares internas, ordes de servizo e instrucións

No que respecta ás circulares internas, ordes de servizo e instrucións, é dicir, a aquel conxunto de disposicións ditadas polas autoridades administrativas co fin xenérico de dirixir a actividade dos funcionarios e órganos que lles están subordinados, non poden considerarse regulamentos, senón que se configuran como regras de servizo de contido xeral que os titulares dos órganos administrativos lles dirixen aos seus inferiores xerárquicos para ordenar a súa actuación. Atopan fundamento na potestade de

autoorganización e na estrutura xerárquica da Administración: a posibilidade de que os niveis superiores dunha organización xerarquizada condicionen a actividade dos inferiores para a consecución dos fins propios desta. A determinación do que é unha instrución, orde de servizo ou circular non atende á súa denominación, senón ao contido real do instrumento xurídico. Respecto dos seus efectos son, polo xeral, *ad intra* ou internos. Teñen plena eficacia xurídica no ámbito interno por ser vinculantes para os órganos inferiores e posúen eficacia constitutiva; as circulares poden establecer efectos novos que vinculan os membros da organización aos que se dirixen e eficacia habilitante; crean potestades que permiten ditar actos vinculantes referidos aos membros e bens da organización, pero carecen desa eficacia xurídica constitutiva e habilitante no ámbito externo.

- *Regulamento e lei*

O regulamento é unha norma secundaria, subalterna, inferior e complementaria da lei, que necesita dunha xustificación para cada caso, está condicionada, ten posibilidades limitadas e taxadas, sendo libremente xusticiable polo xuíz.

Así, o establecido no artigo 9.3 da Constitución, cando garante o principio de xerarquía normativa, segundo o cal o regulamento complementaríase á lei, pero non podería derogala, contradicila, suprimila, limitala, suspendela ou excluila.

Neste sentido, a esencia propia da lei está en ser expresión da vontade popular, característica que non concorre no regulamento en tanto que a súa autora, a Administración, non representa aquela mística de ser expresión da vontade popular.

Calquera materia é susceptible de ser regulada por lei, non existindo, ao contrario, materias reservadas á regulación regulamentaria. Esta posición ordinamental da lei e o regulamento exprésase no principio chamado reserva de lei, que na actualidade ten dúas manifestacións:

- Reserva material de lei, que comprende o conxunto de supostos ou materias respecto dos cales a propia Constitución española esixe regulación a través de norma con rango legal. Isto supón obviamente que, aínda a falta de lei, en ningún

caso estas materias poden ser reguladas por normas regulamentarias, non podendo degradarse mediante a denominada deslegalización, xa que tal intento sería inconstitucional. Se a pesar do anterior, as ditas materias resultasen ordenadas por normas regulamentarias, serían nulas por contradicir os preceptos expresos en que a Constitución establece a reserva.

- Reserva formal de lei, que opera á marxe das concretas previsións constitucionais e significa que calquera materia, por mínima ou intrascendente que sexa, cando é obxecto de regulación por lei, xa non pode ser normada por regulamento. Asistimos así a unha elevación automática do rango da devandita materia, que a converte en inaccesible á potestade regulamentaria salvo, está claro, que a propia lei remita a un desenvolvemento posterior dalgunha das súas partes por medio do regulamento.

- Regulamento e lexislación delegada

O regulamento é unha norma que dita a Administración pública no exercicio de competencia propia recoñecida polo artigo 97 da Constitución Española. Esta característica diferencia os regulamentos da lexislación delegada, na que se exercitan competencias lexislativas tras a habilitación expresa do poder lexislativo (decretos lexislativos).

2. CLASES

- Pola súa relación coa lei

- Regulamentos independentes da lei (*extra legem*) ou autónomos: son regulamentos que non completan nin desenvolven ningunha lei previa, senón que xorden á marxe de toda lei de habilitación e que se sosteñen por si mesmos. Só cabe este tipo de regulamentos no ámbito das materias organizativas e en relacións de supremacía especial que non lle afecten a dereitos básicos dos interesados, ou en ámbitos de actividade prestacional nos que non se produza unha actuación administrativa que restrinxa dereitos e liberdades dos administrados.

- Regulamentos executivos (*secundum legem*): son aqueles que se ditan en virtude de remisións normativas da lei, no seu favor, para o seu complemento e

desenvolvemento, precisando toda a doutrina casuística necesaria. Polo tanto, a súa función non é simplemente executiva, senón complementaria da lei que solicita a súa colaboración, sen que caiba contradicila nin suplantala.

Estes regulamentos serán informados preceptivamente polo Consello de Estado. A necesidade de informe oriéntase xusto a controlar a fidelidade da norma regulamentaria coa lei que desenvolve.

Poden ser, pola súa vez, de dúas clases: xerais, que complementan a lei no seu conxunto (por exemplo, o Regulamento de expropiación forzosa); ou parciais, se se limitan a desenvolver determinados aspectos da lei de que se trate.

- Regulamentos de necesidade (*contra legem*): dítanse para afrontar situacións extraordinarias, máis concretamente de excepcional gravidade. Xustifícanse pola necesidade de dar unha resposta rápida ante determinadas circunstancias excepcionais de emerxencia, e non poden respectarse as habituais canles de produción normativa debido á necesidade de ofrecer unha resposta urxente a estas circunstancias (por exemplo, as medidas previstas nos artigos 8.2 e 34 da Lei orgánica 4/1981, do 1 de xuño, reguladora dos estados de alarma, excepción e sitio).

A súa existencia no noso ordenamento foi cuestionada por inconstitucional, aínda que pode atoparse fundamento para a súa existencia no preceptuado no artigo 116 da Constitución (estados de alarma, excepción e sitio). Para este respecto, deberá terse en conta que este tipo de regulamentos perden o seu sentido coa desaparición das circunstancias ás que lles dan resposta, polo que non debería ser nin sequera necesario proceder á súa derogación formal e expresa.

- *Pola materia que regulan*

- Regulamentos administrativos: tamén denominados de organización, fan referencia aos administrados que están incursos en relacións de supremacía especial (funcionarios, presos, usuarios de servizos públicos). Nestes supostos de supremacía especial, os administrados teñen unha maior intensidade de suxeición

e, polo tanto, os regulamentos administrativos concederánlle á Administración amplos poderes que haberán de ser acatados polos particulares.

- Regulamentos xurídicos ou normativos: refírense ás relacións de supremacía xeral que unen ao Estado con calquera cidadán; a Administración opera sobre os dereitos e liberdades dos particulares.

A importancia da distinción que se expresa neste punto estriba en que os regulamentos xurídicos só poden producirse en desenvolvemento dunha lei previa habilitante, mentres que os administrativos, en tanto se refiren ao ámbito interno da Administración, só teñen que respectar o principio de reserva formal de lei, non contravindo a regulación que esta establece, se existe.

- *Pola súa orixe*

- Estatais: reais decretos (ditados polo Goberno ou polo presidente do Goberno) e ordes ministeriais (ditadas polos ministros).

- Autonómicos: decretos (aprobados polo Consello de Goberno ou, se é o caso, o presidente da comunidade autónoma, sen o apelativo de reais, xa que non son asinados polo rei) e ordes (aprobadas polos conselleiros)

- Locais: regulamentos orgánicos (para regular os órganos internos da entidade e o réxime de funcionamento), ordenanzas (normas regulamentarias *ad extra*), regulamentos (normas regulamentarias *ad intra* ou organizativas). No que respecta aos bandos que poden ditar os alcaldes, dubídase do seu carácter de normas xurídicas, xa que non teñen como función disciplinar a realidade social, senón que son recordatorios da existencia dunha regulación ou normativa preexistente, sen innovar o ordenamento xurídico.

- Regulamentos dos entes institucionais e dos entes corporativos: en principio son normas de carácter puramente organizativo, aínda que poden chegar a ter carácter normativo *o* se excepcionalmente a lei lle atribúe ao ente a potestade de ditar regulamentos con eses efectos. Así, o artigo 129.4 da Lei 39/2015 prevé que as leis poderán habilitar directamente a autoridades independentes ou outros organismos

que teñan atribuída esta potestade para aprobar normas en desenvolvemento ou aplicación destas, cando a natureza da materia así o esixa.

II. FUNDAMENTO E LÍMITES DA POTESTADE REGULAMENTARIA

1. FUNDAMENTO DA POTESTADE REGULAMENTARIA

- Fundamento material

Desde unha perspectiva material, a potestade regulamentaria pódese fundamentar nas seguintes consideracións:

- O procedemento lexislativo dificulta, entorpece ou de plano imposibilita que o executivo poida darlles resposta a todas as circunstancias económicas e sociais, ou de calquera outra índole, coas que se atopa en aplicación da lei.
- O carácter fundamentalmente técnico e a complexidade de certas materias sobre as que versan os regulamentos implica que as cámaras lexislativas non sexan os órganos máis idóneos para a súa confección, en tanto que a súa composición é de natureza eminentemente política, non técnica; adoitan, polo tanto, carecer dos coñecementos técnicos suficientes para regular correctamente asuntos e materias dunha complexidade técnica elevada.
- A propia natureza das materias reguladas require procedementos rápidos e flexibles de modificación, derogación ou substitución, pouco acordes cos procedementos establecidos para a elaboración das leis, ao que hai que engadir que algunhas das súas partes precisan dun desenvolvemento posterior por medio de regulamento xa que, de realizarse a discusión no ámbito parlamentario, sería especialmente longa e dificultosa a súa aprobación.
- A potestade regulamentaria dota a Administración dunha esfera autónoma que lle permite regular situacións non previstas polo lexislador, dentro da legalidade vixente.
- Os amplos poderes de que goza a administración nos estados actuais reclaman unha maior xuridificación da organización e funcionamento dos servizos

administrativos, así como das relacións xurídico-administrativas, para conseguir a seguridade xurídica que reclama en principio do Estado de Dereito.

Todo o anterior non supón quitarlle poder ao lexislativo, senón descargalo para que non entre a regular cuestións de detalle e exerza a súa función de adoptar as decisións fundamentais do proceso político e de control parlamentario do Goberno. Por iso é polo que poida sosterse que a potestade regulamentaria viría ser unha expresión máis do principio de eficacia.

- Fundamento xurídico-formal

A potestade regulamentaria no noso ordenamento xurídico atopa fundamento constitucional na redacción dada ao artigo 97 da Constitución española, que lle atribúe ao Goberno o exercicio da potestade regulamentaria de acordo coa Constitución e as leis.

Pola súa banda, o artigo 137 contén unha atribución implícita ao recoñecer a autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses aos municipios, provincias e comunidades autónomas. O ámbito material desta potestade regulamentaria viría determinada polo inciso “os seus respectivos intereses”.

Esta potestade regulamentaria do Goberno non deriva, por tanto, do lexislador, senón que ten fundamento directo e inmediato na Constitución, onde se atribúe como unha potestade distinta e claramente diferenciada da executiva. Polo tanto, aínda que a potestade regulamentaria está suxeita ao principio de xerarquía normativa, non se limita a unha mera execución das leis. Noutras palabras, outórgase unha marxe de actuación ao Goberno.

2. LÍMITES DA POTESTADE REGULAMENTARIA

- Competencia

O primeiro límite para a aprobación válida dun regulamento é que o órgano que o dita teña competencia para iso.

O artigo 97 da Constitución española atribúelle directamente a potestade regulamentaria ao Goberno, entendéndose por tal o Consello de Ministros. Neste caso, trátase dunha

potestade regulamentaria orixinaria, que deriva da mesma Constitución española e, polo tanto, non é necesario que exista unha lei habilitante.

En sentido contrario, o presidente do Goberno e os ministros só posúen potestade regulamentaria derivada dunha habilitación legal; para este respecto aínda que a Constitución non outorga esa potestade tampouco prohibe que poida outorgarse por lei. Así, o artigo 2.2.j) da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, atribúelle ao presidente do Goberno o exercicio da potestade regulamentaria en materia organizativa. Respecto dos ministros, tanto a Lei do Goberno no seu artigo 4.1.b) como a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, no seu artigo 61.a) atribúenlles o exercicio da potestade regulamentaria nas materias propias do seu departamento. Outras autoridades e órganos administrativos inferiores aos ministros non teñen recoñecida con carácter xeral a facultade de exercer a potestade regulamentaria, de maneira que só poden facer uso dela por habilitación legal específica, que terá que xustificarse caso por caso na lei habilitante (artigo 129.4 da Lei 39/2015).

A Constitución española, ao establecer a garantía da autonomía a favor de municipios, provincias e comunidades autónomas, está a admitir de facto como contido da devandita autonomía unha potestade normativa propia destas entidades territoriais, potestade que inclúe como mínimo a regulamentaria.

Neste sentido, e no que respecta ás comunidades autónomas, maniféstase o artigo 153.c) da Constitución española, cando establece que o control da actividade dos órganos das comunidades autónomas exercerase pola xurisdición contencioso-administrativa no que respecta ás súas normas regulamentarias.

Cada comunidade autónoma determina os órganos competentes dentro da súa administración para o exercicio da potestade regulamentaria. No caso de Galicia, a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, establece no seu artigo 37 que lle corresponde á Xunta de Galicia, entendida como órgano colexiado de goberno da comunidade autónoma, a titularidade e o exercicio da potestade regulamentaria da comunidade autónoma. Pola súa banda, os conselleiros poden ditar disposicións administrativas de carácter xeral no

relativo á organización e materias propias dos seus departamentos. En cambio, as instrucións emitidas por outros órganos da Administración xeral de Galicia e polas entidades instrumentais públicas non se consideran en ningún caso disposicións ditadas no exercicio da potestade regulamentaria, sen prexuízo, como no caso do Estado, das habilitacións legais específicas que se lles poidan outorgar a eses órganos e entidades para emanar normas regulamentarias en complemento ou desenvolvemento singular da propia lei.

No caso da Administración local, é o pleno de cada entidade (ou a asemblea veciñal nos municipios que se organizan en réxime de concello aberto) o único órgano competente para exercer a potestade regulamentaria, tal como se desprende dos artigos 22.1.d), 33.2.b), 49 e 123.1.c) e d) da Lei de bases do réxime local, sendo esta atribución indelegable, todo iso sen prexuízo da polémica á que xa se fixo referencia sobre a natureza xurídica dos bandos que poden ditar os alcaldes ao amparo dos artigos 21.1.e) e 124.4.g) da Lei de bases do réxime local.

- Materia

Os regulamentos están limitados materialmente polo principio de reserva de lei, tal como dispón o artigo 128.2 da Lei 39/2015: “os regulamentos e disposicións administrativas non poderán regular aquelas materias que a Constitución ou os estatutos de autonomía recoñecen da competencia das Cortes Xerais ou das asembleas lexislativas das comunidades autónomas”. En particular, 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. No mesmo sentido pronúnciase o artigo 39.2 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia

Ademais do límite constituído pola referida reserva material de lei, os regulamentos tampouco poden regular por si mesmos as materias que foron reguladas polo lexislador aínda en defecto de reserva constitucional ou estatutaria (reserva formal de lei ou principio de conxelación do rango).

Non obstante todo o anterior, sempre que non nos atopemos ante un caso de reserva

material absoluta de lei, que é excepcional no noso ordenamento xurídico (materia penal, fundamentalmente), a lei poderá remitir ao regulamento o complemento e desenvolvemento da regulación que ela establece (regulamentos executivos).

- Interdicción da arbitrariedade e principios xerais do dereito

Outro límite ao exercicio da potestade regulamentaria é a adecuación aos feitos ou, o que é igual, o respecto pola realidade que trata de regular, o que se enmarca no principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos a que fai referencia o artigo 9 da Constitución española.

Esa regra crébase tamén cando a lexislación viola os principios xerais do dereito, que constitúen outro límite máis ao exercicio da potestade regulamentaria, xa que a diferenza das leis, que encarnan de forma directa a vontade popular, os regulamentos constitúen o exercicio dunha potestade limitada.

- Xerarquía normativa

O principio de xerarquía normativa aplícase, en primeiro lugar, á relación entre a lei e o regulamento, de tal maneira que a primeira se coloca nunha posición de neta primacía sobre o segundo, como emanación da vontade popular, fronte ao carácter vicarial e servizal que ten a Administración pública, autora do segundo. Así, o artigo 128.2 da Lei 39/2015 establece que “os regulamentos e disposicións administrativas non poderán vulnerar a Constitución ou as leis”.

En segundo lugar, os regulamentos ordénanse xerarquicamente entre si segundo a posición na organización administrativa do órgano que os dita, sen que en ningún caso o regulamento ditado polo órgano inferior poida contradicir ao ditado polo superior da mesma Administración pública. Neste sentido, o artigo 128.3 da Lei 39/2015 sinala que “as disposicións administrativas axustaranse á orde de xerarquía que establezan as leis. Ningunha disposición administrativa poderá vulnerar os preceptos doutra de rango superior”.

De acordo co artigo 24.2 da Lei do Goberno os regulamentos estatais ordénanse segundo a seguinte xerarquía: 1.º Disposicións aprobadas por real decreto do presidente do

Goberno ou acordado no Consello de Ministros. 2.º Disposicións aprobadas por orde ministerial.

O principio de xerarquía está igualmente recollido no artigo 39 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, que ordena os regulamentos da Administración autonómica galega da seguinte forma: a) Decretos aprobados polo Consello da Xunta de Galicia; b) Ordes aprobadas polos conselleiros.

En cambio, o principio de xerarquía non se aplica para ordenar entre si as disposicións regulamentarias que ditan as entidades locais, pois todas proceden do mesmo órgano, o pleno, e posúen o mesmo rango, aínda que os regulamentos orgánicos están dotados de especial rixidez por requirir a súa aprobación o voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da corporación (artigo 47.2.f) da Lei de bases do réxime local).

Tampouco se pode aplicar o principio de xerarquía para ordenar as relacións entre regulamentos ditados por administracións públicas distintas, salvo cando se trata de regulamentos estatais ou autonómicos que desenvolven as leis que delimitan o ámbito de autonomía e as competencias doutros entes administrativos.

- Principios de boa regulación

O exercicio da potestade regulamentaria, do mesmo xeito que o da iniciativa lexislativa do Goberno e os consellos de goberno autonómicos, está sometido aos principios de boa regulación recollidos no artigo 129 da Lei 39/2015, debendo xustificarse a adecuación a estes no preámbulo do proxecto de regulamento. Eses principios son os seguintes:

- 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.
- Proporcionalidade. A iniciativa que se propoña deberá conter a regulación imprescindible para atender a necesidade para cubrir coa norma, tras constatar que non existen outras medidas menos restritivas de dereitos, ou que impoñan menos obrigas aos destinatarios.

- 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.
- 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.
- Eficiencia. A iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias ou accesorias e racionalizar, na súa aplicación, a xestión dos recursos públicos. Ademais, cando a iniciativa normativa lles afecte aos gastos ou ingresos públicos presentes ou futuros, deberanse cuantificar e valorar as súas repercusións e efectos, e supeditarse ao cumprimento dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.

Co fin de garantir o cumprimento destes principios, o artigo 130 da Lei 39/2015 prevé que 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 xustificado 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.

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.

Na mesma liña, o artigo 132 da Lei 39/2015 ordena que anualmente as administracións públicas fagan público un plan normativo que conterá as iniciativas legais ou regulamentarias que vaian ser elevadas para a súa aprobación no ano seguinte. Unha vez aprobado, o plan anual normativo publicarase no Portal da Transparencia da Administración pública correspondente. O Plan Anual Normativo da Administración xeral do Estado está regulado no artigo 25 da Lei do Goberno e o seu grao de cumprimento reflectirase no informe anual de avaliación que contempla o artigo 28 da mesma lei.

- Procedemento

Un límite ou condición do exercicio da potestade regulamentaria vén dado pola necesidade de observar o procedemento en cada caso establecido. Neste sentido, esa esixencia pode considerarse de rango constitucional (artigo 105 da Constitución española) cando se determina 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 lles afecten.

Esta previsión constitucional desenvólvese con carácter básico no artigo 133 da Lei 39/2015, de maneira común para o procedemento de elaboración de normas con rango de Lei e regulamentos. Así, este precepto establece que, con carácter previo á elaboración do proxecto ou anteprojecto de lei ou de regulamento, se substanciará unha consulta pública, a través do portal web da administración competente, na que se solicitará a opinión dos suxeitos e das organizacións máis representativas potencialmente afectados pola futura norma acerca dos problemas que se pretenden solucionar coa iniciativa, a necesidade e oportunidade da súa aprobación, os obxectivos da norma e as posibles solucións alternativas regulatorias e non regulatorias.

Sen prexuízo da consulta previa á redacción do texto da iniciativa, cando a norma lles afecte aos dereitos e aos intereses lexítimos das persoas, o centro directivo competente publicará o texto no portal web correspondente, co obxecto de darlles audiencia aos cidadáns afectados e solicitar cantas achegas adicionais poidan facerse por outras persoas ou entidades. Así mesmo, poderá tamén solicitarse directamente a opinión das organizacións ou asociacións recoñecidas por lei que agrupen ou representen ás persoas

cuxos dereitos ou intereses lexítimos se vexan afectados pola norma e cuxos fins garden relación directa co seu obxecto.

A consulta, audiencia e información públicas deberán realizarse de forma tal que os potenciais destinatarios da norma e quen realice achegas sobre ela teñan a posibilidade de emitir a súa opinión, para o que deberán poñerse á súa disposición os documentos necesarios, que serán claros, concisos e reunir toda a información precisa para poder pronunciarse sobre a materia.

Poderá prescindirse dos trámites de consulta, audiencia e información públicas 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. Así mesmo, a consulta pública poderá omitirse cando a proposta normativa non teña un impacto significativo na actividade económica, non imponha obrigas relevantes aos destinatarios ou regule aspectos parciais dunha materia. Se a normativa reguladora do exercicio da iniciativa legislativa 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.

O procedemento de elaboración dos regulamentos estatais está desenvolvido no artigo 26 da Lei do Goberno nos termos seguintes, igualmente aplicables á elaboración dos anteproxectos de lei e dos proxectos de real decreto legislativo:

- A súa redacción estará precedida de cuantos estudos e consultas se estimen convenientes para garantir o acerto e a legalidade da norma.
- Susbtanciarase unha consulta pública, a través do portal web do departamento competente, con carácter previo á elaboración do texto, na que se solicitará opinión dos suxeitos potencialmente afectados pola futura norma e das organizacións máis representativas acerca dos aspectos que prevé o artigo 133 da Lei 39/2015. A consulta pública, da que poderá prescindirse nos casos establecidos por este último precepto, deberá realizarse de tal forma que todos os potenciais destinatarios da norma teñan a posibilidade de emitir a súa opinión, para o que deberá

proporcionarse un tempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturais.

- O centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo unha memoria da análise de impacto normativo, que deberá conter os seguintes apartados:

- a) Oportunidade da proposta e alternativas de regulación estudadas, o que deberá incluír unha xustificación da necesidade da nova norma fronte á alternativa de non aprobar ningunha regulación.
- b) Contido e análise xurídica, con referencia ao dereito nacional e da Unión Europea, que incluírá a listaxe pormenorizada das normas que quedarán derogadas como consecuencia da entrada en vigor da norma.
- c) Análise sobre a adecuación da norma proposta á orde de distribución de competencias.
- d) Impacto económico e orzamentario, que avaliará as consecuencias da súa aplicación sobre os sectores, colectivos ou axentes afectados pola norma, incluído o efecto sobre a competencia, a unidade de mercado e a competitividade e o seu encaixe coa lexislación vixente en cada momento sobre estas materias. Esta análise incluírá a realización do test Peme de acordo coa práctica da Comisión Europea.
- e) Así mesmo, identificaranse as cargas administrativas que leva a proposta, cuantificarase o custo do seu cumprimento para a Administración e para os obrigados a soportalas con especial referencia ao impacto sobre as pequenas e medianas empresas.
- f) Impacto por razón de xénero, que analizará e valorará os resultados que se poidan seguir da aprobación da norma desde a perspectiva da eliminación de desigualdades e da súa contribución á consecución dos obxectivos de igualdade de oportunidades e de trato entre mulleres e homes, a partir dos indicadores de situación de partida, de previsión de resultados e de previsión de impacto.

g) Un resumo das principais achegas recibidas no trámite de consulta pública.

- Ao longo do procedemento de elaboración da norma, o centro directivo competente solicitará, ademais dos informes e ditames que resulten preceptivos, cuantos estudos e consultas se estimen convenientes para garantir o acerto e a legalidade do texto. Segundo a propia Lei do Goberno, son preceptivos:

- O informe da Secretaría Xeral Técnica do Ministerio ou Ministerios proponentes.

- O informe do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas cando a norma puidese afectarlle á distribución das competencias entre o Estado e as comunidades autónomas.

- O ditame do Consello de Estado cando así o establece a normativa reguladora deste, é dicir, no caso das disposicións regulamentarias que se diten en execución, cumprimento ou desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais e do Dereito comunitario europeo, así como dos regulamentos ou disposicións de carácter xeral que se diten en execución das leis e as súas modificacións (artigo 22, número dous e tres, da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado).

- Así mesmo, cando a proposta normativa lle afectase á organización administrativa da Administración Xeral do Estado, ao seu réxime de persoal, aos procedementos e á inspección dos servizos, será necesario solicitar a aprobación previa do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas antes de ser sometidas ao órgano competente para promulgalos. Se transcorridos 15 días desde a recepción da solicitude de aprobación por parte do citado ministerio non se formulou ningunha obxección, entenderase concedida a aprobación.

- Sen prexuízo da consulta previa á redacción do texto da iniciativa, cando a norma lle afecte aos dereitos e intereses lexítimos das persoas, o centro directivo competente publicará o texto no portal web correspondente, co obxecto de darlles

audiencia aos cidadáns afectados e obter cantas achegas adicionais poidan facerse por outras persoas ou entidades. Así mesmo, poderá solicitarse directamente a opinión das organizacións ou asociacións recoñecidas por lei que agrupen ou representen ás persoas cuxos dereitos ou intereses lexítimos se vexan afectados pola norma e cuxos fins garden relación directa co seu obxecto.

O prazo mínimo desta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles, e poderá ser reducido ata un mínimo de sete días hábiles cando razóns debidamente motivadas así o xustifiquen. O trámite de audiencia e información pública só poderá omitirse cando existan graves razóns de interese público, que deberán xustificarse na Memoria da Análise de Impacto Normativo. Así mesmo, non será de aplicación ás disposicións orzamentarias ou que regulen os órganos, cargos e autoridades do Goberno ou das organizacións dependentes ou vinculadas a estas.

- Logo de cumprir os trámites anteriores, a proposta someterase á Comisión Xeral de Secretarios de Estado e Subsecretarios e elevarase ao Consello de Ministros para a súa aprobación.
- O Ministerio da Presidencia, co obxecto de asegurar a coordinación e a calidade da actividade normativa do Goberno, analizará os distintos aspectos técnicos da proposta normativa.

Ademais, o artigo 27 da Lei do Goberno contempla a posibilidade de tramitación urxente de iniciativas normativas no ámbito da Administración xeral do Estado. Para que esta forma de tramitación se poida aplicar, deberá acordalo o Consello de Ministros, a proposta do titular do departamento ao que corresponda a iniciativa normativa, e levará que os prazos previstos para a realización dos trámites do procedemento de elaboración reduciranse á metade da súa duración e que non será preciso o trámite de consulta pública, sen prexuízo da realización dos trámites de audiencia pública ou de información pública, cuxo prazo de realización será de sete días.

Unha vez aprobada a norma polo órgano competente, para a súa entrada en vigor e produción de efectos xurídicos deberá ser publicada integramente en *Boletín Oficial do Estado*, tal como esixe con carácter xeral o artigo 131 da Lei 39/2015. A entrada en vigor

producirase nos termos previstos polo artigo 2.1 do Código civil, é dicir, aos vinte días da completa publicación da norma no *Boletín Oficial do Estado*, se nela non se establece outra cousa. Con todo, o artigo 23 da Lei do Goberno matiza que as disposicións de entrada en vigor das leis ou regulamentos cuxa aprobación ou proposta lle corresponda ao Goberno ou aos seus membros e que impoñan novas obrigas ás persoas físicas ou xurídicas que desempeñen unha actividade económica ou profesional como consecuencia do exercicio desta preverán o comezo da súa vixencia o 2 de xaneiro ou o 1 de xullo seguintes á súa aprobación.

O procedemento de elaboración dos regulamentos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia regúlase no título II da Lei organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, que o divide en tres fases:

- Fase inicial. Será desenvolvida dentro da consellería que tivese a iniciativa normativa, requiríndose para o inicio do procedemento o acordo previo da persoa titular desta, a quen lle competirá a aprobación inicial como proxecto. As consellerías publicarán na súa páxina web a relación dos procedementos de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral que estean en tramitación, tras a aprobación do anteproxecto.
- Fase intermedia. Dentro da fase intermedia, deberá sempre emitirse un informe económico-financeiro pola consellería competente en materia de facenda, e deberán achegarse calquera outros que sexan esixidos pola lexislación vixente ou considerados oportunos pola consellería que impulse o proxecto, e incluír, se tivese repercusións en cuestións de xénero, un informe sobre este particular.

Regúlase a participación cidadá nos termos establecidos para os regulamentos estatais, determinándose que non será necesaria para o caso de anteproxectos puramente organizativos. No caso de afectarlle á estrutura orgánica, métodos de traballo ou cuestións similares, requirirase informe favorable da consellería ou consellerías con competencias en materia de administracións e emprego públicos. Neste último caso (emprego público), as materias recollidas no artigo 37.1 do Estatuto básico do empregado público deberán ser negociadas na Comisión de

Persoal.

- Fase final. O proxecto será sometido ao informe da Asesoría Xurídica Xeral, e emitirase a continuación un informe pola secretaría xeral técnica da consellería impulsora e ditame do Consello Consultivo de Galicia, cando fose preceptivo segundo a súa normativa reguladora. O titular da consellería impulsora concluírá cunha resolución mediante a cal decida desistir da iniciativa, retrotraer o procedemento ou a aprobación definitiva do proxecto.

No caso dos proxectos de ordes, a súa aprobación leva a aprobación mesma da norma concluindo o procedemento.

No caso dos proxectos de decretos, unha vez aprobados definitivamente enviaranse os proxectos a todas as consellerías previamente á reunión da Comisión de Secretarios Xerais Técnicos, que elevará o proxecto ao Consello da Xunta de Galicia, órgano competente para a aprobación do decreto. Será o presidente da Xunta quen dispoñerá a publicación oficial.

Os regulamentos autonómicos deberán publicarse no *Diario Oficial de Galicia*, e entrarán en vigor aos vinte días da súa publicación, salvo que neles se dispoña outra cousa.

No que respecta ás entidades locais, o artigo 49 da Lei de bases do réxime local establece que a aprobación das ordenanzas locais axustarase ao seguinte procedemento, aplicable igualmente a calquera outro regulamento local:

- Aprobación inicial polo pleno.
- Información pública e audiencia aos interesados polo prazo mínimo de trinta días para a presentación de reclamacións e suxestións.
- Resolución de todas as reclamacións e suxestións presentadas dentro do prazo e aprobación definitiva polo pleno.

No caso de que non se presentase ningunha reclamación ou suxestión, entenderase definitivamente adoptado o acordo ata entón provisional.

De acordo co artigo 70.2 da Lei de bases do réxime local, as ordenanzas, incluídos o articulado das normas dos plans urbanísticos, así como os acordos correspondentes a estes cuxa aprobación definitiva sexa competencia dos entes locais, publicaranse no boletín oficial da provincia e non entrarán en vigor ata que se publicase completamente o seu texto e transcorrese o prazo previsto no artigo 65.2 (quinze días hábiles) salvo os orzamentos e as ordenanzas fiscais que se publican e entran en vigor nos termos establecidos na lexislación reguladora das facendas locais.

- Retroactividade

Resulta indiscutible que os regulamentos deben respectar o principio da irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais que establece o artigo 9.3 da Constitución. Fóra deses casos, o noso ordenamento xurídico non prohibe expresamente que os regulamentos conteñan normas retroactivas, pero contra tal posibilidade cabe aducir, de acordo con GARCÍA DE ENTERRÍA, dous argumentos:

- O artigo 83 da Constitución prohibe que as leis de bases faculthen o Goberno para ditar normas con carácter retroactivo, co que, se isto non se pode facer cando se produce unha delegación lexislativa das Cortes, menos aínda cando o executivo e a Administración exercen a súa potestade normativa para emanar normas de rango regulamentario por iniciativa propia.
- O artigo 39.3 da Lei 39/2015 só permite que se outorgue eficacia retroactiva aos actos administrativos en dous supostos: cando se diten en substitución de actos anulados e 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. Por analoxía, tampouco se debería admitir a retroactividade dos regulamentos máis que cando se trate de normas favorables aos administrados, ou ben nos atopemos ante regulamentos executivos de leis retroactivas (neste último suposto, como é obvio, o efecto retroactivo derivaría da lei e non do propio regulamento).

- Principio de inderrogabilidade singular

O principio de inderrogabilidade singular non opera como límite da potestade regulamentaria propiamente dito, senón como límite da actuación administrativa en relación cos regulamentos vixentes. A súa formulación atópase no artigo 37.1 da Lei 39/2015, segundo o cal 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. Aparece tamén recollido no artigo 39.4 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia.

É esta una das consecuencias máis claras do principio de legalidade. Aínda que a Administración goza dun poder regulamentario, que a habilita a promulgar e derogar normas xurídicas, queda vinculada ao que dispoñen esas normas de igual forma que calquera suxeito. Por iso, non pode dispensar individualmente a ninguén da observancia das regras xurídicas, aínda que sexa ela as que as promulgou, nin tampouco pode a propia Administración deixar de aplicalas nun caso singular. Así mesmo, esta vinculación á legalidade é máis forte que os poderes derivados da relación de xerarquía, polo que o superior xerárquico non pode deixar de aplicar a un caso concreto a norma promulgada polo inferior.

De acordo co artigo 37.2 da Lei 39/2015, as resolucións administrativas que vulneren este principio son nulas de pleno dereito.

III. REGULAMENTOS ILEGAIS: A SÚA IMPUGNACIÓN

1. REGULAMENTOS ILEGAIS

Como xa se indicou, para a súa validez os regulamentos deben de respectar unha serie de límites de carácter material e formal. Cando calquera destes límites resulta traspasado, o regulamento en cuestión resulta viciado; neste sentido amplo hai que tomar a expresión regulamentos ilegais e non só no máis estrito de regulamentos contrarios ás leis. A infracción por un regulamento de calquera dos límites citados traerá consigo a sanción de nulidade de pleno dereito, como establece o artigo 47.2 da Lei 39/2015 ("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”).

Trátase esta de unha característica que diferenza ao regulamento dos actos administrativos, onde a regra xeral é a anulabilidade, e iso ten o seu fundamento, conforme sinala a xurisprudencia e confirma o maioritario sentir doutrinal, en que se a ilegalidade dun regulamento determinase unha mera anulabilidade, quedaría ao arbitrio dos particulares o mesmo sistema de produción normativa.

Agora ben, dado que o regulamento nulo pode ter certa aparencia de legalidade, o ordenamento xurídico dotouse dunha serie de medios técnicos de reacción fronte aos regulamentos ilegais.

2. A NON APLICACIÓN DOS REGULAMENTOS ILEGAIS

De acordo co artigo 6 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, “os xuíces ou tribunais non aplicarán regulamentos ou calquera outra disposición contrarios á Constitución, á lei ou ao principio de xerarquía normativa”.

O ordenamento xurídico reacciona con medios enérxicos contra o grave ataque que fronte a el supón a existencia dun regulamento ilegal. Por ese motivo, a mera publicación dun regulamento non impón sen máis a súa aplicación; antes de chegar a esta haberá que cuestionarse, por todos os destinatarios e substancialmente polos xuíces, se esa aplicación non implica unha contradición coas leis, axuízamento previo que, se é o caso, haberá de conducir a rexeitar a aplicación do regulamento con obxecto de facer efectiva a aplicación prioritaria da lei por el violada.

Neste sentido, convén distinguir a non aplicación da anulación. Anular unha norma consiste en declarar imperativamente con efectos xurídicos *erga omnes* a súa invalidez. Os efectos desta declaración diríxense a todos os membros da comunidade xurídica, sendo permanentes e de vixencia indefinida. A anulación proporciona seguridade xurídica e economía procesual, en tanto que se produce a expulsión da norma do ordenamento

dunha vez e para sempre. En cambio, a non aplicación só produce efectos no caso concreto, sen afectarlle á vixencia de regulamento, que pode seguir sendo aplicado pola Administración noutros supostos.

Así pois, a soa non aplicación xudicial dun regulamento inválido, como consecuencia da súa mera eficacia *inter partes*, podería crear certa inseguridade xurídica. O escenario desexable nestes casos sería unha pronta aclaración sobre a validez ou invalidez do regulamento que non se aplica, e é que a seguridade xurídica sempre require a rápida anulación dos regulamentos inválidos.

No que se refire á non aplicación do regulamento no seo da propia Administración, a posición doutrinal maioritaria convén en recoñecer que esta posibilidade de non aplicación vén esixida pola celeridade e eficiencia coas que debe producirse a actividade administrativa. A Administración non pode interromper os procedementos administrativos para proceder a iniciar unha revisión de oficio ou para impugnar os regulamentos ante os tribunais, posto que os intereses afectados polas decisións administrativas demandan, na maioría das ocasións, unha decisión rápida, inmediata mesmo, incompatible coa dilación da adopción dos medios que se citan.

3. A IMPUGNACIÓN E ANULACIÓN DOS REGULAMENTOS ILEGAIS

- En vía administrativa

A declaración de nulidade dos regulamentos con efectos *erga omnes* pode ser pronunciada, en primeiro lugar, pola propia Administración que ditou o regulamento ilegal, a través da revisión de oficio da norma. O artigo 106.2 da Lei 39/2015 prevé que en calquera momento as administracións públicas de oficio, e tras o ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma se o houbese, poderán declarar a nulidade das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 47.2.

En cambio, o artigo 112.3 da Lei 39/2015 establece que contra as disposicións administrativas de carácter xeral non caberá recurso en vía administrativa. O que si se admite é a impugnación en vía administrativa dun acto ditado en aplicación dun

regulamento con fundamento na ilegalidade deste último. Así, o propio artigo 112.3 da Lei 39/2015 dispón que 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 esta disposición.

- En vía xurisdiccional

Fronte á non aplicación dos regulamentos ilegais, que, como se viu, é un deber de todos os xuíces e tribunais, a súa anulación é competencia exclusiva dos tribunais da orde xurisdiccional contenciosa-administrativa, nos termos previstos pola Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa. O tenor literal do seu artigo 1 determina que os tribunais desta orde xurisdiccional coñecerán das pretensións que se deduzan en relación coas disposicións xerais de rango inferior á lei, o que reitera o seu artigo 25.

Hai dúas formas de impugnar os regulamentos na vía xurisdiccional contencioso-administrativa:

- Recurso contencioso-administrativo directo. Exponse directamente contra o propio regulamento, nun prazo de dous meses contados desde o día seguinte ao da publicación da disposición impugnada.
- Recurso contencioso-administrativo indirecto. De acordo co artigo 26 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa, ademais da impugnación directa das disposicións de carácter xeral, tamén é admisible a dos actos que se produzan en aplicación destas, fundada en que tales disposicións non son conformes a dereito. A falta de impugnación directa dunha disposición xeral ou a desestimación do recurso que fronte a ela se interpuxo non impiden a impugnación dos actos de aplicación. Neste caso o prazo de interposición do recurso cóntase desde o día seguinte á notificación ou publicación do acto de aplicación do regulamento.

No caso de estimación dun recurso contencioso-administrativo indirecto contra un regulamento, o artigo 27 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativo establece que o Xuíz ou Tribunal deberá expor a cuestión de ilegalidade ante o tribunal competente para

coñecer do recurso directo contra a disposición, con dúas excepcións:

- Cando o tribunal competente para coñecer dun recurso contra un acto fundado na invalidez dunha disposición xeral fose tamén para coñecer do recurso directo contra esta, a sentenza declarará a validez ou nulidade da disposición xeral.
- Sen necesidade de expor cuestión de ilegalidade, o Tribunal Supremo anulará calquera disposición xeral cando, en calquera grao, coñeza dun recurso contra un acto fundado na ilegalidade daquela norma.

- En vía constitucional

Os regulamentos non poden ser obxecto de recurso nin de cuestión de inconstitucionalidade, porque a súa constitucionalidade é controlada polos propios tribunais ordinarios, que, como xa se viu e a diferenza do que sucede coas normas con rango de lei, están plenamente facultados para non aplicalos e, se é o caso, anulalos con efectos *erga omnes* se conteñen calquera infracción do ordenamento xurídico, incluídas as de carácter constitucional.

Con todo, hai dúas vías que permiten cuestionar a constitucionalidade dos regulamentos ante o Tribunal Constitucional, en determinados supostos:

- O artigo 161.2 da Constitución faculta ao Goberno para impugnar ante o Tribunal Constitucional as disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das comunidades autónomas, impugnación que producirá a suspensión da disposición ou resolución recorrida, aínda que o tribunal, se é o caso, deberá ratificala ou levantala nun prazo non superior a cinco meses. O artigo 76 da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, concédelle para iso ao Goberno o prazo dos dous meses seguintes á data da publicación da disposición ou, en defecto desta, desde que chegase ao seu coñecemento. A impugnación tramítase polo procedemento aplicable aos conflitos de competencias entre Estado e comunidades autónomas ou estas entre si, conflitos que tamén poden suscitar as comunidades autónomas para cuestionar ante o Tribunal Constitucional, por motivos exclusivamente competenciais, os regulamentos ditados polo Estado ou por

outra comunidade autónoma.

- O artigo 43.1 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional determina que procede a interposición dun recurso de amparo contra as violacións dos dereitos e liberdades recoñecidos nos artigos 14 a 29 e 30 da Constitución orixinadas por disposicións, actos xurídicos, omisións ou simple vía de feito do Goberno ou das súas autoridades ou funcionarios, ou dos órganos executivos colexiados das comunidades autónomas ou das súas autoridades ou funcionarios ou axentes, unha vez que se esgotou a vía xudicial procedente. Por conseguinte, os regulamentos que vulneren os dereitos e liberdades protexidos polo recurso de amparo poden ser obxecto deste último.

IV. REGULAMENTOS DOS ÓRGANOS CONSTITUCIONAIS

Existen normas que aínda que non proceden das administracións públicas comparten cos regulamentos a mesma denominación; é o caso singular e atípico das normas que rexen os órganos constitucionais como son as Cortes Xerais, o Consello Xeral do Poder Xudicial e o Tribunal Constitucional.

Aínda que comparten o nome coas anteriores disposicións, son significativas as diferenzas que median entre unhas e outras. Por unha banda, a súa orixe, xa que aquí se trata de disposicións procedentes de órganos constitucionais moi concretos e non do poder executivo como é o suposto xeral. Por outra banda, o seu ámbito: os regulamentos destes órganos constitucionais regulan só certos aspectos destes, como manifestación da súa autonomía fronte ao Goberno, mentres que os regulamentos administrativos abordan todos os aspectos externos que a lei non puido ou non quixo regular.

1. OS REGULAMENTOS DAS CÁMARAS LEXISLATIVAS

No caso das cámaras lexislativas, os regulamentos internos destas son unha manifestación do seu poder de autoorganización, que se recoñece expresamente no artigo 72 do texto constitucional cando determina que as cámaras establecen os seus propios regulamentos.

Algúns autores entenden que se trata de auténticas leis na medida en que proceden do poder lexislativo e enlazan directamente coa norma constitucional, que é o seu antecedente e único límite. O feito de que a súa produción non requira o concurso das

dúas cámaras en nada mingua a súa identidade de natureza con respecto ás demais leis, pois a súa posición no ordenamento é a mesma que a destas, con independencia de que polo seu obxecto non poidan exceder do ámbito interno de funcionamento parlamentario.

En contra desta postura, outro sector da doutrina afirma que os regulamentos das cámaras, aínda que son actos do poder legislativo, non son leis en sentido formal, posto que non son aprobados por ambas as cámaras, non son sometidos á sanción do xefe do Estado nin obxecto de promulgación.

A importancia do regulamento parlamentario vén derivada do seu contido. Neles recóllense decisións importantes para a vida do Estado, xa que establecen, entre outros, os procedementos de aprobación das leis, do desenvolvemento dos debates parlamentarios e da resolución da moción de censura e cuestión de confianza.

A súa relación coas leis debe explicarse non en función do principio de xerarquía senón do principio de competencia, é dicir en función do ámbito material que a Constitución lles reserva. Neste sentido, pode manterse que os regulamentos das cámaras forman parte do parámetro de constitucionalidade no sentido de que unha lei pode ser inconstitucional se non se elaborase conforme ao determinado nestes regulamentos.

O procedemento de elaboración dos regulamentos vén previsto no art. 72.1 da Constitución, que esixe que a súa aprobación e reforma teña lugar por maioría absoluta da cámara implicada en votación final sobre o texto completo.

No relativo ao seu control, cabe apuntar que o artigo 27 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional dispón que os regulamentos das cámaras e das Cortes Xerais e os regulamentos das asembleas legislativas das comunidades autónomas son susceptibles de recurso de inconstitucionalidade. Polo tanto, esta potestade autonormativa, como se veu sinalando, está suxeita á propia Constitución, principio que non fai máis que recoller o disposto no artigo 9.1 desta, segundo o cal os poderes públicos están suxeitos á norma suprema e ao resto do ordenamento.

2. REGULAMENTOS DITADOS POR OUTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONAIS

No caso dos regulamentos ditados por órganos constitucionais (Consello Xeral do Poder

Xudicial e Tribunal Constitucional), non cabe, no noso ordenamento xurídico, outorgarlles a natureza xurídica das leis, xa que nin proceden do órgano legislativo nin se ordenan á Constitución de modo directo, senón a través das leis orgánicas correspondentes, aínda que expresan, iso si, a autonomía e independencia funcional dos órganos dos que proceden e aos que, deste xeito, se quere poñer a cuberto de eventuais inxerencias do executivo. É o caso dos regulamentos que sobre o seu propio funcionamento e organización, así como sobre o réxime do seu persoal e servizos, pode ditar o Tribunal Constitucional, segundo prevé o artigo 2.2 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional.

O mesmo cabe dicir dos regulamentos que, ao amparo do artigo 560.1.16 da Lei orgánica do poder xudicial e no desenvolvemento das previsións contidas nesta última, pode ditar o Consello Xeral do Poder Xudicial sobre unha serie de materias relativas á organización e funcionamento interno do propio órgano, así como dos órganos xurisdiccionais, sempre co límite de que non poderán afectar ou regular directa ou indirectamente os dereitos e deberes de persoas alleas ao poder xudicial.

Os proxectos de regulamentos de desenvolvemento someteranse a informe das asociacións profesionais de xuíces e maxistrados e das corporacións profesionais ou asociacións doutra natureza que teñan recoñecida legalmente representación de intereses aos que lles poidan afectar. Darase intervención á Administración do Estado, por medio do Ministerio de Xustiza, e ás das comunidades autónomas sempre que unha e outras teñan competencias relacionadas co contido do regulamento ou sexa necesario coordinar estas con as do consello xeral. Solicitaranse as consultas e os estudos previos que se consideren pertinentes e un ditame de legalidade sobre o proxecto.

En todo caso, elaborárase un informe previo de impacto de xénero.

O Ministerio Fiscal será oído cando lle afecte a materia sobre a que verse o proxecto.

Finalmente, estes regulamentos serán aprobados polo Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial e publicados no *Boletín Oficial do Estado*.

BIBLIOGRAFÍA

DE OTTO Y PARDO, IGNACIO: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

MELERO ALONSO, E: "El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática del Derecho", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 38/39, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3.ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 3

O ORDENAMENTO XURÍDICO DE GALICIA: LEIS DE GALICIA. DECRETOS LEXISLATIVOS. REGULAMENTOS. O RÉXIME XURÍDICO DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DO DEREITO GALEGO

TEMA 3. O ORDENAMENTO XURÍDICO DE GALICIA: LEIS DE GALICIA. DECRETOS LEXISLATIVOS. REGULAMENTOS. O RÉXIME XURÍDICO DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DO DEREITO GALEGO

I.- O ORDENAMENTO XURÍDICO DE GALICIA

A Constitución española configurou un modelo de Estado descentralizado, como así o consagra o seu artigo 2º ao recoñecer o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións, modelo que reitera o artigo 137, no que se lles recoñece ás comunidades autónomas a autonomía para a xestión dos seus propios intereses.

Daquela cómpre dotar as comunidades autónomas de competencias que posibiliten o autogoberno, co fin de que o principio constitucional de autonomía non se converta nunha mera descentralización administrativa. A potestade lexislativa configúrase como o máximo expoñente da autonomía.

Na actual distribución competencial entre o Estado e as comunidades autónomas atribúeselles a estas últimas tanto a execución do ordenamento estatal como a facultade para elaborar e ditar as súas propias leis.

A este respecto, as listas de competencias da Constitución, e do mesmo modo as dos estatutos de autonomía, malia que parecen pechadas e claras, non o son. En comparación co modelo anglosaxón, o noso sistema de repartición caracterízase polo feito de establecer un catálogo de competencias distribuídas en dúas listas e non simplemente unha reserva competencial en favor do Estado e unha cláusula aberta para as comunidades autónomas.

Cada Comunidade Autónoma poderá legislar nas materias ou competencias que figuran relacionadas no artigo 148 do texto constitucional, e que sexan asumidas no seu estatuto, debendo respectar en todo caso os límites fixados no artigo 149 do mesmo texto, que establece o catálogo de materias para as que o Estado reserva para si competencia exclusiva.

As normas emanadas dos órganos lexislativos das comunidades autónomas teñen o mesmo rango que as leis estatais. Deste modo, non se atopan xerarquicamente sometidas a estas, senón que se rexen polo principio de competencia. Así, estarán sometidas só á

Constitución e aos respectivos estatutos de autonomía na medida en que non son un simple desenvolvemento regulamentario das normas estatais.

I. 1.- LEIS DE GALICIA

O artigo 10 do Estatuto de autonomía de Galicia establece que, entre outras, son funcións do Parlamento de Galicia exercer a potestade lexislativa da Comunidade Autónoma. Consideraranse leis de Galicia as normas que co mencionado rango sexan aprobadas polo Parlamento de Galicia.

O artigo 13 do Estatuto de autonomía, en relación con esta potestade lexislativa que se lle encomenda ao Parlamento, establece as seguintes previsións:

- A iniciativa lexislativa correspóndelles aos deputados, ao Parlamento e á Xunta. A iniciativa lexislativa popular para a presentación de proposicións de lei, que deban ser tramitadas polo Parlamento de Galicia, regularase por este mediante lei que respecte as previsións establecidas na Lei orgánica prevista no artigo 87.3 da Constitución española.
- As leis de Galicia serán promulgadas en nome do rei pola Presidencia da Xunta de Galicia e publicadas tanto no *Diario Oficial de Galicia* como no *Boletín Oficial del Estado*. A este respecto, deberase ter en conta que, para os efectos da entrada en vigor das leis de Galicia, rexerá a data da súa publicación no *Diario Oficial de Galicia*.
- O control da constitucionalidade de calquera das leis do Parlamento de Galicia corresponderalle ao Tribunal Constitucional.

Para o estudo do procedemento lexislativo na Comunidade Autónoma de Galicia, deberemos estar suxeitos ás previsións establecidas no Regulamento do Parlamento de Galicia.

Como xa establecía o propio Estatuto de autonomía de Galicia, a iniciativa lexislativa corresponde:

- 1.- Aos deputados (un coa sinatura doutros catro) e aos grupos parlamentarios.
- 2.- Á Xunta de Galicia.

3.- Aos cidadáns a través da iniciativa legislativa popular.

►A iniciativa legislativa popular atópase desenvolvida na Lei 1/1988, do 19 de xaneiro (DOG do 27 de xaneiro de 1988). Esta lei do Parlamento de Galicia debe ser respectuosa coas previsións contidas na lei orgánica que regula a iniciativa legislativa popular, e á que fai referencia o artigo 87.3 do texto constitucional (a LO 3/1984, do 26 de marzo —BOE núm. 74, do 27 de marzo— reguladora da Iniciativa legislativa popular, modificada pola LO 4/2006, do 26 de marzo —BOE núm. 126, do 28 de marzo—).

Os cidadáns maiores de idade que gocen da condición política de galegos e se atopen oportunamente inscritos no censo electoral poden exercer a iniciativa legislativa. Esta iniciativa legislativa exercerase mediante a presentación de proposicións avaladas pola sinatura de polo menos 15.000 cidadáns, nos que deberán concorrer as características citadas.

A iniciativa legislativa popular non se pode exercer de xeito absoluto desde un punto de vista substancial, senón que existen, o mesmo que no ordenamento estatal, unha serie de materias que lle están vedadas. Así, non é posible exercer a iniciativa popular nos seguintes casos:

- Materias non atribuídas á competencia da Comunidade Autónoma.
- Desenvolvemento básico do Estatuto e materias que requiran para a súa aprobación o voto favorable dunha maioría cualificada.
- Materias que teñan natureza orzamentaria e tributaria.

O procedemento deberase iniciar mediante a presentación no Rexistro do Parlamento de Galicia dun escrito dirixido á Mesa.

Unha vez recibida, a Mesa do Parlamento encargarse de examinala, debendo resolver sobre a admisión no prazo dun mes. Procederá a inadmisión da proposición en calquera dos casos que a continuación se relacionan:

- Que teña por obxecto algunha das materias que están excluídas da iniciativa legislativa popular.
- Que o escrito de presentación non reúna todos os requisitos formais exixidos para o exercicio da iniciativa.

- Que exista no Parlamento un proxecto previo ou proposición de lei, sempre que verse sobre o mesmo obxecto.
- Que sexa unha reprodución doutra iniciativa popular que conteña un obxecto igual ou substancialmente equivalente.

Unha vez realizado o trámite de admisión da proposición, a Mesa comunicará este feito á Xunta Electoral de Galicia, quen será a competente para garantir a regularidade do procedemento de recollida de sinaturas pola Comisión Promotora.

A Comisión Promotora contará cun prazo de 4 meses para proceder á recollida das sinaturas necesarias; este prazo será prorrogable, con causa xusta, por tres meses máis. Transcorrido o prazo concedido sen que se produza a entrega de sinaturas, entenderase caducada a iniciativa.

Unha vez que se produza a entrega de sinaturas, a Xunta Electoral procederá tanto ao seu recuento como ao exame da súa validez. En caso de que todo resultase correcto, procederá a remitirle á Mesa do Parlamento unha notificación co fin de que esta última ordene a publicación da proposición no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* para a posterior tramitación común.

► Procedemento lexislativo común

Proxectos de lei

Os proxectos de lei son remitidos á Cámara pola Xunta de Galicia. Os textos dos proxectos que se envíen deberán ir acompañados dunha exposición de motivos e de todos os antecedentes necesarios que posibiliten o pronunciamento.

A Mesa do Parlamento será o órgano competente para ordenar a publicación, a apertura do prazo de presentación de emendas e, oída a Xunta de Voceiros, remitir o proxecto para que se tramite na comisión correspondente.

No que respecta ás emendas, deberase establecer o seguinte:

- Unha vez publicado o proxecto de lei, os deputados e grupos parlamentarios terán un prazo de quince días para presentar emendas a este mediante un escrito dirixido á Mesa da Comisión. O escrito deberá ser asinado polo voceiro do grupo ao que pertenza o deputado ou persoa que o substitúa.

- As emendas poden ser á totalidade ou ao articulado.
- Serán emendas á totalidade as que versen sobre a oportunidade, os principios ou o espírito do proxecto de lei presentado e postulen a súa devolución á Xunta de Galicia, ou as que propoñan un texto alternativo ao do proxecto. Só poderán ser presentadas polos grupos parlamentarios ou por un deputado coa sinatura doutros catro.
- As emendas ao articulado poderán ser de supresión, de modificación ou de adición. No caso de modificación ou adición, deberán conter o texto completo que se propoña.
- As disposicións adicionais, derradeiras, derogatorias ou transitorias terán a consideración de artigo, igual que o título da lei, as sinaturas de calquera das partes en que se sistematice, a propia ordenación sistemática e a exposición de motivos.
- A tramitación das emendas que supoñan un aumento dos créditos ou unha diminución dos ingresos orzamentarios requirirá da conformidade da Xunta de Galicia. O prazo para que a Xunta emita unha resposta razoada será de 15 días; transcorrido este prazo sen resposta, deberase entender que expresa a súa conformidade.
- Se non se producise a consulta á que facemos referencia no punto anterior, a Xunta poderá manifestar a súa desconformidade coa tramitación de emendas que supoñan aumento de créditos ou diminución de ingresos orzamentarios, en calquera momento da tramitación.
- As emendas que impliquen diminución de ingresos tributarios e non estean suxeitas á necesidade de conformidade da Xunta de Galicia para a súa tramitación, ademais dos requisitos de carácter xeral, deberán propor unha baixa correlativa nos gastos.

De se presentaren emendas á totalidade, procederase ao debate de totalidade no Pleno do Parlamento de Galicia. Rematada a deliberación, o presidente do Parlamento someterá a votación todas as emendas á totalidade defendidas, para o cal se comezará por aquelas que propoñan a devolución do proxecto á Xunta de Galicia.

En caso de que se acordase a devolución do proxecto, este quedará rexeitado e o presidente do Parlamento comunicarllo á Presidencia da Xunta de Galicia. No caso contrario, remitiráselle o texto á Comisión para que se prosiga coa súa tramitación.

Se o Pleno do Parlamento aprobase unha emenda á totalidade das que propoñen

un texto alternativo, darase traslado deste á comisión que corresponda, publicándose no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*. Procederase nestes casos a abrir un novo prazo de presentación de emendas, xa que estas só se poderán formular sobre o articulado. Finalizado o debate de totalidade, se o houber, e en todo caso finalizado o prazo de presentación de emendas, a comisión nomeará no seu seo un ou varios relatores coa finalidade de que, á vista do texto e de todas as emendas presentadas ao articulado, redacte un informe no prazo de 15 días. Este prazo pode ser obxecto de prórroga pola Mesa da Comisión cando a transcendencia ou complexidade do proxecto de lei que se tramita así o exixan.

Unha vez finalizado o informe do relatorio, comezase o debate do texto en Comisión, exame que se realizará artigo por artigo. Durante esta discusión, a Mesa da Comisión poderá admitir novas emendas a trámite sempre que teñan como propósito acadar un acordo por aproximación entre emendas xa formuladas e o texto do artigo. Para o caso de que a Comisión acorde incorporar a exposición de motivos como preámbulo da lei, as emendas presentadas en relación coa exposición discutiranse ao final do articulado.

Nos debates realizados no seo da Comisión, a Presidencia da Mesa da Comisión exercerá as funcións que se lle confiren á Presidencia e á Mesa do Parlamento.

O ditame da Comisión seralle remitido ao presidente do Parlamento para proceder á tramitación que proceda, unha vez asinado polo presidente e o secretario desta.

Os grupos parlamentarios e os deputados, dentro das 48 horas seguintes á data de final do ditame, deberán comunicar os votos particulares e as emendas que pretendan defender no Pleno, despois de que sexan votadas no seo da Comisión e non se incorporaran ao ditame, mediante escrito que deberá dirixirse ao presidente do Parlamento. O debate no Pleno do Parlamento comezará pola presentación do ditame realizado, durante un tempo de 10 minutos, polo presidente da Comisión (función que pode ser delegada noutro deputado). A continuación, cada un dos grupos parlamentarios disporá sucesivamente dunha quenda de 15 minutos para explicar a súa posición sobre o contido do ditame da comisión e, se fose o caso, defender as emendas e votos particulares que non se incorporaron ao seu texto. O debate pechásese con outra quenda de 5 minutos na que cada uns dos grupos parlamentarios definirá a súa posición sobre as

emendas e os votos particulares defendidos polo resto dos grupos.

A Presidencia do Parlamento someterá a votación as emendas e os votos particulares, incorporando ao texto aqueles que resultasen aprobados. Durante o debate, a Presidencia poderá admitir aquelas emendas destinadas a corrixir erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

Por ultimo, a Presidencia da Cámara someterá a votación o ditame da Comisión con todas as emendas e os votos particulares que fosen obxecto de incorporación ao texto.

O Goberno poderá retirar un proxecto de lei en calquera momento da súa tramitación ante o Parlamento sempre que non recaese o acordo final da Cámara.

Proposicións de lei

As proposicións de lei poderán ser presentadas por:

- Un deputado coa sinatura doutros catro membros do Parlamento.
- Un grupo parlamentario coa sinatura do seu voceiro.

Presentaranse acompañadas dunha exposición de motivos e de todos os antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre elas. Presentado o texto da proposición de lei, a Mesa do Parlamento ordenará a súa publicación e a súa remisión á Xunta de Galicia para que manifeste o seu criterio con respecto da toma en consideración, así como a súa conformidade ou non á tramitación en caso de que esta implicase aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios. Transcorridos 15 días sen que a Xunta se pronunciase, ou negase expresamente a súa conformidade para a tramitación da proposición presentada, esta poderá ser incluída na orde do día do Parlamento para a súa toma en consideración.

En caso de que a Xunta se pronunciase sobre a tramitación da proposición de lei, antes do inicio do debate darase lectura ao manifestado polo Goberno. O debate axustarase ao establecido para os de totalidade. Unha vez finalizado, o presidente do Parlamento preguntará se a Cámara toma ou non en consideración a proposición de lei presentada. En caso afirmativo, será a Mesa do Parlamento a que acorde o seu envío á comisión competente e a apertura do correspondente prazo para a presentación de emendas.

A proposición seguirá o mesmo trámite establecido para os proxectos de lei, correspondéndolle a un dos deputados ou a un membro do grupo parlamentario dos que exerceron a iniciativa a presentación ante o Pleno do Parlamento.

No que respecta ás proposicións de lei que traian causa no exercicio da iniciativa lexislativa popular, como xa se estableceu cando procedemos ao seu exame, teñen como característica de procedemento o feito de que, previamente á súa tramitación, serán obxecto de exame pola Mesa do Parlamento, coa finalidade de comprobar se cumpren os requisitos establecidos para este tipo de iniciativa. No que respecta á tramitación posterior, axustaranse ao previsto para o resto das proposicións de lei, coas especificidades que poidan derivar das normas que regulan a iniciativa lexislativa popular.

O propoñente poderá decidir retirar calquera proposición de lei mentres non se acorde a toma en consideración. Unha vez tomada en consideración a retirada, só poderá facerse efectiva se a aceptase o Pleno do Parlamento.

► Procedementos lexislativos especiais

Proxectos e proposicións de lei de desenvolvemento básico do Estatuto de autonomía

A iniciativa lexislativa parlamentaria con respecto das materias de desenvolvemento básico do Estatuto de autonomía ten como particularidade que a Mesa do Parlamento, de acordo coa Xunta de Voceiros e por iniciativa de dous grupos parlamentarios ou unha quinta parte dos deputados, pode decidir que nestas materias a iniciativa parlamentaria sexa exercida polos grupos parlamentarios. Estes proxectos e proposicións seguirán o procedemento lexislativo común.

As leis de desenvolvemento básico que prevé o Estatuto de autonomía requiren para a súa aprobación o voto favorable da maioría absoluta dos membros do Parlamento de Galicia nunha votación final de totalidade. De non se conseguir a maioría necesaria, a Comisión deberá emitir un novo ditame no prazo dun mes. O debate sobre o novo ditame emitido axustarase ao establecido para os debates de totalidade. Se en votación se obtivese o voto favorable da maioría absoluta, considerase aprobado o texto; no caso contrario, deberá entenderse rexeitado de forma definitiva.

A modificación ou derogación deste tipo de leis requirirá igualmente o voto favorable da maioría absoluta dos membros do Parlamento nunha votación final de totalidade.

Proxecto de lei de orzamentos

Para as fases de exame, emenda e aprobación dos orzamentos da Comunidade Autónoma, será de aplicación o procedemento lexislativo común. Con todo o anterior, o proxecto de lei de orzamentos goza de preferencia con respecto da tramitación dos demais traballos da Cámara.

As emendas ao proxecto que fagan referencia a aumentos de crédito para un concepto só poderán admitirse se van acompañadas dunha baixa de igual contía na mesma sección. As emendas que teñan como obxecto a minoración de ingresos deberán ser remitidas á Xunta de Galicia co fin de que informe sobre estas no prazo de 15 días.

O debate de totalidade do Proxecto de lei de orzamentos será único, para o cal se acumularán neste as emendas de devolución global ou a de calquera sección ou centro xestor de gasto. Só estas emendas terán efectos devolutivos para o proxecto.

O presidente da Comisión e o da Cámara, de acordo coas respectivas mesas, poderán ordenar os debates e as votacións na forma que máis se adecue á estrutura do orzamento. O debate final dos orzamentos no Pleno do Parlamento desenvolverase diferenciando o conxunto do articulado da lei e cada unha das súas seccións.

Todo o disposto anteriormente será aplicable para a tramitación e a aprobación dos orzamentos dos entes públicos da Xunta de Galicia, para os que a lei establece a necesidade de aprobación do Parlamento.

A reforma do Estatuto de autonomía

Os proxectos ou proposicións de reforma do Estatuto de autonomía a que se fai referencia nos artigos 56 e 57 do texto do propio estatuto tramitaranse de acordo coas normas establecidas para os proxectos e proposicións de lei de desenvolvemento básico do Estatuto de Galicia, e requirirán para a súa aprobación o voto favorable das 2/3 partes dos membros do Parlamento.

Aprobado o proxecto de reforma, o presidente do Parlamento remitirao ás Cortes

Xerais para a súa tramitación ulterior.

Competencia lexislativa das comisións

O Pleno do Parlamento por maioría de 2/3, por proposta da Mesa da Cámara, de acordo coa Xunta de Voceiros ou por iniciativa desta, pode delegar nas comisións a aprobación de proxectos e proposicións de lei. Con todo o anterior, non poderán ser aprobados en comisión os que fagan referencia a:

- Leis de desenvolvemento básico do Estatuto de autonomía.
- A reforma do Estatuto.

En calquera momento, o Pleno do Parlamento pode reclamar o debate e votación de calquera proxecto ou proposición que fose obxecto de delegación. Esta iniciativa pode ser tomada pola Mesa do Parlamento, por dous grupos parlamentarios ou por unha quinta parte dos seus deputados.

Salvo o debate e votación en Pleno para a tramitación, aplicarase o procedemento lexislativo común tendo en conta o seguinte: unha vez que se reciba o texto, a Comisión deberá nomear un relator constituído por un membro da Comisión pertencente a cada grupo parlamentario. Para o debate en Comisión do informe do relator, aplicaranse as normas xerais. O Pleno da Comisión seguirá o trámite que se prevé para a deliberación no Pleno da Cámara.

Tramitación dun proxecto de lei en lectura única

Será o Pleno da Cámara, logo de proposta da Mesa de Parlamento, oída a Xunta de Voceiros ou por iniciativa desta, o que poderá acordar que un proxecto de lei se tramite directamente e en lectura única ante o Pleno ou Comisión. Deberán concorrer as seguintes circunstancias:

- Que a natureza do proxecto o aconselle.
- Que a simplicidade da formulación do proxecto o permita.

Adoptado o acordo anterior, procederase ao debate, segundo as regras establecidas para os de totalidade, e finalmente o conxunto do proxecto será sometido a votación

única.

I. 2.- DECRETOS LEXISLATIVOS

A Constitución española prevé no seu artigo 82 a posibilidade de que as Cortes Xerais deleguen no Goberno do Estado a potestade para ditar normas con rango de lei; estas disposicións, segundo o artigo 85 do mesmo texto, reciben o título de decretos lexislativos.

A mesma solución foi adoptada polo Estatuto de autonomía de Galicia, que, no seu artigo 10, posibilita que o Parlamento de Galicia poida delegar a potestade lexislativa só na Xunta, delegación que se deberá efectuar nos termos que establecen os artigos 82, 83 e 84 da Constitución para o suposto da delegación lexislativa das Cortes Xerais ao Goberno.

En desenvolvemento deste precepto, a Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia (DOG núm. 23, do 21 de marzo), modificada pola Lei 11/1988 (DOG núm. 208, do 8 de outubro); a Lei 2/2007 do 28 de marzo (DOG núm. 72, do 13 de abril), e pola Lei 12/2007, do 27 de xullo (DOG núm. 153, do 8 de agosto, pola que tamén se modifica a Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia), considera e regula a elaboración dos decretos lexislativos polo executivo autonómico.

A norma mencionada no anterior parágrafo atribúelle á Xunta de Galicia a potestade de ditar decretos lexislativos nos supostos de delegación expresa do Parlamento. A delegación deberase outorgar:

- Mediante unha lei de bases cando o seu obxecto sexa a formación de textos articulados.
- Mediante unha lei común cando se trate de refundir varios textos legais nun só.

As leis de bases delimitarán con precisión o obxecto e alcance da delegación lexislativa e os principios e criterios que deben seguirse no seu exercicio. En ningún caso poderán autorizar a Xunta de Galicia para modificar a propia lei de bases nin para ditar normas con carácter retroactivo.

As leis ordinarias de autorización para refundir textos legais determinarán o ámbito normativo ao que se refire o contido da delegación. Especificarán se se circunscribe á mera formulación dun texto único, ou se se inclúe a de regularizar, aclarar e harmonizar os

textos legais que deban ser refundidos.

Non poderán ser obxecto de delegación na Xunta de Galicia:

- A regulación do réxime electoral da Comunidade Autónoma
- A aprobación do orzamento
- As leis institucionais ou de desenvolvemento básico do Estatuto
- As que pola súa natureza requiran maioría cualificada para a súa aprobación

A delegación lexislativa deberase outorgar á Xunta:

- De forma expresa
- Para unha materia concreta
- Con fixación de prazo para o seu exercicio
- Non se pode entender concedida de forma implícita, nin por tempo indefinido.
- Non se poderá permitir a subdelegación a favor de autoridades distintas da propia Xunta.

O control dos decretos lexislativos levarase a cabo nos termos previstos no Regulamento do Parlamento de Galicia, sen prexuízo do cal, as leis de delegación poderán establecer, para cada caso, fórmulas adicionais de control parlamentario. Cando unha proposición de lei ou unha emenda sexa contraria a unha delegación lexislativa en vigor, a Xunta de Galicia está facultada para oporse á súa tramitación. Neste caso, poderá presentarse unha proposición de lei para a derogación parcial ou total da lei de delegación. A delegación entenderase esgotada coa publicación por parte da Xunta de Galicia da norma correspondente.

Os decretos lexislativos son a única posibilidade de delegación lexislativa a favor do executivo na Comunidade Autónoma de Galicia. No ámbito estatal recolleuse a posibilidade de que o Goberno puidese ditar disposicións lexislativas provisorias baixo a forma de decretos-leis, en casos de extraordinaria e urxente necesidade, pero esta fórmula non foi prevista no articulado do Estatuto de autonomía de Galicia.

I.3.- REGULAMENTOS

Podemos definir o regulamento como unha disposición administrativa xeral, con rango inferior á lei e subordinada a esta, que emana do poder executivo en virtude da atribución da potestade regulamentaria. O artigo 4 da Lei 1/1983, da Xunta e da súa Presidencia, establece como atribución da Xunta de Galicia aprobar os regulamentos para o desenvolvemento e execución das leis de Galicia, así como as 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. A potestade regulamentaria da Xunta establécese nos artigos 37 e seguintes da mesma norma. Adoptarán a forma de **decreto**:

1. As disposicións xerais aprobadas polo Consello da Xunta de Galicia.
2. As resolucións do Consello da Xunta nos seguintes supostos:
 - Regulamentos para o desenvolvemento e execución das leis de Galicia, así como as do Estado cando a competencia de execución lle corresponda á Comunidade Autónoma.
 - Medidas regulamentarias para executar tratados e convenios internacionais, no que afecte a materias atribuídas á Comunidade Autónoma.
 - Resolver conflitos de competencias entre diversas consellarías.
 - Nomear e destituír, por proposta dos conselleiros, os altos cargos da Administración pública galega de rango igual ou superior a director xeral.
 - Crear, modificar ou suprimir as comisións delegadas da Xunta.
 - Determinar a estrutura orgánica superior das vicepresidencias e das consellarías da Xunta de Galicia.
 - Designar os representantes da Comunidade Autónoma nos organismos, institucións financeiras e empresas públicas do Estado.
 - Tomar coñecemento das resolucións do Parlamento e adoptar, se é o caso, as medidas que procedan.
3. As seguintes resolucións da Presidencia da Xunta:
 - Disolver o Parlamento e convocar eleccións.

- Crear, modificar ou suprimir as vicepresidencias, se as houbese, e as consellarías.
- Encomendarlle a un vicepresidente ou conselleiro que se encargue do despacho dunha consellaría ou da propia presidencia, en caso de ausencia, enfermidade ou impedimento do seu titular.

No que se refire ao exercicio da potestade regulamentaria por parte da Administración e do Goberno de Galicia, observarase o establecido no título II (artigos 37 e seguintes) da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia (*DOG* núm. 251, do 31 de decembro), que regula no seu título I o exercicio da potestade regulamentaria.

Segundo a norma que se cita, correspóndelle á Xunta de Galicia a titularidade e o exercicio da potestade regulamentaria da Comunidade Autónoma, recoñecéndolles ás persoas titulares das consellarías a competencia para ditar disposicións administrativas de carácter xeral no que respecta á organización e materias propias do departamento.

As instrucións emitidas polos órganos e entidades instrumentais públicas non se considerarán en ningún caso disposicións emitidas en exercicio da potestade regulamentaria.

Serán decretos as normas regulamentarias aprobadas polo Consello da Xunta de Galicia e ordes as aprobadas polas persoas titulares das consellarías.

Os decretos serán asinados polo presidente da Xunta e serán referendados polo titular da consellaría competente por razón da materia. No caso de competencias coincidentes, a proposta corresponderalles aos conselleiros interesados, co referendo do conselleiro da Presidencia.

As ordes serán asinadas pola persoa titular da consellaría que corresponda, en caso de que interesen a máis dunha serán asinadas conxuntamente polos conselleiros afectados.

As disposicións de carácter regulamentario teñen a seguinte orde xerárquica:

1º- Decretos aprobados polo Consello da Xunta de Galicia.

2º- Ordes aprobadas polas consellarías ou conselleiros.

Os límites da potestade regulamentaria en Galicia son os mesmos que os establecidos con carácter xeral para todas as normas da mesma natureza.

En canto ao control das disposicións regulamentarias da Xunta de Galicia, o artigo 153 c) do texto constitucional establece que o control das disposicións regulamentarias das comunidades autónomas lle compete á xurisdición contencioso-administrativa, e así se recoñece no artigo 1 da propia Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (*BOE* núm. 167, do 14 de xullo).

II.- O RÉXIME XURÍDICO DAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

A Constitución española recoñeceu no seu artigo 2 o principio de autonomía das nacionalidades e rexións, establecendo un modelo de estado descentralizado. Recoñece que as comunidades autónomas e as entidades locais gozan de autonomía para a xestión dos seus propios intereses, e para son dotadas dunha serie de competencias propias que lles permiten autogobernarse.

O sistema de repartición de competencias que establece o texto constitucional é o denominado de dobre lista. As competencias exclusivas do Estado figuran relacionadas no artigo 149, mentres que as materias sobre as que as comunidades autónomas poderán asumir competencias figuran no artigo 148. Existe, polo tanto, unha atribución directa de competencias ao Estado e facultativa con respecto das comunidades autónomas. Como complemento ao anterior, deberase ter en conta o establecido no artigo 148.2 da Constitución, que prevé a posibilidade de que as comunidades autónomas, transcorridos cinco anos, poidan ampliar o ámbito das súas competencias dentro do marco establecido no artigo 149; a este respecto, as comunidades autónomas constituídas ao abeiro do artigo 151 e disposición transitoria segunda non necesitan esperar os cinco anos exixidos.

O Estatuto de autonomía de Galicia determina o catálogo de competencias e o seu réxime xurídico dentro do seu título II. Estas pódense agrupar:

- Competencias exclusivas: son aquelas en que a Comunidade Autónoma exerce, con exclusión de todos os demais entes, as competencias sobre unha determinada materia. Aparecen relacionadas nos artigos 27, 30, 31 e 32 do Estatuto de autonomía.

Haberá que facer distinción, dentro da listaxe anterior de competencias, entre

exclusividade absoluta e relativa, no sentido de que a primeira categoría (absoluta) identifica aquelas materias en que non se prevé relación ou conexión coas competencias estatais (como, por exemplo, a artesanía), e a segunda (relativa) identifica aquelas competencias que se deben definir no seu alcance e extensión por referencia e confrontación coas do artigo 149.1 da Constitución (como, por exemplo, obras públicas que non teñan a cualificación legal de interese xeral do Estado).

En canto ás competencias exclusivas, como resulta lóxico, o seu ámbito funcional é total e inclúe toda sorte de competencias legislativas, regulamentarias e executivas, non atopándose outro límite que o respecto á Constitución española e ao Estatuto de autonomía. En concordancia co expresado, a redacción do artigo 37 do Estatuto de autonomía cando determina que, con respecto destas competencias, lle corresponde ao Parlamento a potestade legislativa nos termos previstos no Estatuto e nas leis do Estado ás que este se refire, correspondéndolle á Xunta a potestade regulamentaria e a función executiva.

- Competencias compartidas: Aquelas en que a Comunidade Autónoma e o Estado poden exercer competencias sobre unha mesma materia.

Dentro das competencias compartidas falaremos de competencias de desenvolvemento e execución, que figuran relacionadas nos artigos 28, 30.1 apartado 7, 33 e 34 do Estatuto, e competencias de só execución, que se corresponden coas establecidas nos artigos 29 e 33.3 do Estatuto de autonomía. As competencias de execución na Comunidade Autónoma levan implícita a correspondente potestade regulamentaria, a administración e a inspección.

Nos supostos recollidos nos artigos 28 e 29 do Estatuto, referentes a competencias de desenvolvemento e execución ou de soa execución da lexislación do Estado, ou noutros supostos do Estatuto que teñan carácter análogo, o exercicio desas potestades pola Comunidade Autónoma realizarase de conformidade coas normas regulamentarias de carácter xeral que, en desenvolvemento da súa lexislación, dite o Estado. Neste sentido, parece quedar a competencia autonómica de execución restrinxida a facultades de xestión, administración e inspección.

Con respecto da redacción dada aos artigos 148 e 149, deberá determinarse que a

Constitución, cando enumera as competencias propias das comunidades autónomas, non o fai excluindo de todo a intervención estatal, xa que en moitos casos deberá terse presente o marco establecido polo Estado. Do mesmo modo actúa ao enumerar as competencias exclusivas do Estado, pois o certo é que en moitas delas se considera a expresión "sen prexuízo de...", que opera a favor do dereito autonómico. A toma en consideración do anterior lévanos a concluír que en non poucos casos as competencias exclusivas a miúdo se converterán en compartidas, entre as esferas do poder estatal e autonómico, aínda que operando en distinto grao e nivel segundo cal sexa a materia á que se faga referencia.

Na STC 69/1988, do 19 de abril (a Lei 103806-NS/0000), sobre conflito positivo de competencia formulado polo Goberno da Nación contra o decreto sobre etiquetaxe de produtos que se comercializan en Cataluña, o Tribunal declarou que lle corresponde á Comunidade Autónoma a competencia controvertida.

Con respecto do ámbito de aplicación espacial, as competencias da Comunidade Autónoma de Galicia enténdense referidas ao seu territorio. Iso implica que as normas, legais ou regulamentarias, que integran o dereito propio de Galicia serán de aplicación só ao territorio galego.

III.- APLICACIÓN DO DEREITO GALEGO

A este respecto, deberase observar a regulación establecida no artigo 38 do Estatuto de autonomía de Galicia cando establece o seguinte:

1.- En materias de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma, o dereito propio de Galicia é aplicable no territorio con preferencia a calquera outro, nos termos previstos no Estatuto.

2.- A falta de dereito propio de Galicia, será de aplicación supletoria o dereito do Estado.

3.- Na determinación das fontes do dereito civil, o Estado respectará as normas do dereito civil galego.

Estas previsións deberán ser postas en conexión coa cláusula residual do artigo 149.3 da Constitución española, na que se establece:

1.- As materias non atribuídas expresamente ao Estado pola Constitución poderán corresponderlles ás comunidades autónomas en virtude dos seus respectivos estatutos.

2.- A competencia sobre as materias que non foron asumidas polos estatutos de autonomía corresponderanlle ao Estado, cuxas normas prevalecerán, en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas en todo o que non estea atribuído á exclusiva competencia destas.

3.- O dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas.

Tomando en consideración as determinacións anteriores, podemos extraer distintas conclusións:

- As competencias que o texto constitucional non recolle como exclusivas do Estado poden ser asumidas pola Comunidade Autónoma de Galicia no seu estatuto. Así, seralles aplicable o dereito propio de Galicia, no seu carácter de exclusivas, tanto ás competencias do artigo 148 que sexan asumidas como ás que non se recollan expresamente no artigo 149 e que fosen obxecto de asunción pola Comunidade Autónoma de Galicia.

- As competencias non asumidas pola Comunidade Autónoma de Galicia, xa sexa das incorporadas ao artigo 148 ou das que pode asumir por non estaren consideradas no artigo 149, corresponderanlle ao Estado. Neste caso determina a Constitución unha prevalencia do dereito estatal sobre o autonómico para o caso de conflito. En calquera caso, é dicir, aínda falando de competencias exclusivas da Comunidade Autónoma galega, o dereito estatal é sempre supletorio do dereito galego.

No que respecta á referencia final do artigo 38 (que di que o dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas) debe entenderse feita ao deber de respecto polo Estado, quen ten competencia exclusiva en materia de lexislación civil (art. 149.1.8 da Constitución española), das normas que constitúen o dereito civil galego como fonte do dereito civil estatal, o que é equiparable ao seu recoñecemento como conxunto normativo integrante do ordenamento xurídico do Estado en materia civil.

Ao falar de dereito civil galego, estarémonos a referir ao contido na Lei 2/2006, do 14 de xuño, de dereito civil de Galicia (*BOE* núm. 191, do 11 de agosto). Unha das grandes novidades desta lei é o cambio do sistema de fontes, dándolle unha posición predominante á lei e desprazando os usos e costumes que antano representaban a primeira fonte do dereito civil galego. Na súa exposición de motivos xustifícase este cambio na necesidade de constitucionalizar xuridicamente normas consuetudinarias que permitan que o texto sexa unha expresión completa do seu dereito civil. Así, no seu primeiro artigo establécese que as fontes do dereito civil de Galicia son a lei, o costume e os principios xerais que integran e informan o ordenamento xurídico galego. O costume pasa a rexer só en ausencia de lei galega aplicable, e, en ausencia de lei e costume, aplicárase supletoriamente o dereito civil xeral do Estado, sempre que non se opoña aos principios do ordenamento xurídico galego.

As novidades máis importantes que recolle, no ámbito material, son:

- Prevalencia da lei sobre o costume no sistema de fontes.
- Regulación da protección dos menores en situacións de desamparo e da adopción.
- Posibilidade da autotutela en previsión dunha situación de incapacidade futura.
- Nova e máis extensa regulación de figuras típicas do dereito civil de Galicia.
- Recoñecemento dos mesmos dereitos dos cónxuxes ás parellas de feito e os matrimonios entre persoas do mesmo sexo.
- Redución da lexítima dos descendentes e do cónxuxe viúvo.

Remarca o anterior a propia redacción do artigo 149, en que a competencia xenérica exclusiva do Estado sobre lexislación civil atopa o seu límite na conservación, modificación e desenvolvemento polas comunidades autónomas dos dereitos civís, forais ou especiais alí onde existan. En todo caso, terá competencia o Estado no que atinxe ás regras relativas á aplicación e eficacia das normas xurídicas, formas de matrimonio, ordenación de rexistros e instrumentos públicos, bases das obrigas contractuais, normas de resolución de conflitos de leis e determinación das fontes do dereito, con respecto, en este último caso, ás normas do dereito foral ou especial. Cómpre ter presente a aplicabilidade do determinado no título preliminar do Código civil no que respecta ás

fontes do dereito, entrada en vigor e derogación das leis, irretroactividade, publicación, aplicación, interpretación, equidade, analoxía, aplicación de leis penais, excepcionais e temporais e cómputo de prazos, entre outras.

O artigo 149.3 da Constitución española establece que a competencia sobre as materias que non asumiron os estatutos de autonomía lle corresponderá ao Estado, cuxas normas prevalecerán, en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas, en todo o que non estea atribuído á exclusiva competencia destas. Trátase da denominada **cláusula de prevalencia**, segundo a cal as normas estatais prevalecen en caso de conflito sobre as das comunidades autónomas cando non se trate de competencias atribuídas en exclusiva a estas últimas.

Non se trata, en contra do que pode parecer, dunha manifestación da supremacía do dereito estatal sobre o autonómico, é dicir, dunha relación de xerarquía, posto que iso suporía quebrar a base do noso sistema competencial, articulado en torno ao principio de competencia. Por esta razón, cabe dubidar da utilidade desta regra, pois pode servir como instrumento de resolución provisoria de conflitos por parte da xustiza ordinaria, pero o Tribunal Constitucional resolverá o litixio atendendo ao principio natural do sistema competencial, é dicir, ao principio de competencia e ao bloque de constitucionalidade, conxunto normativo delimitador de competencias.

Segundo co exame do mesmo artigo, e no que respecta á cláusula de supletoriedade, este determina que o dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas.

Unha primeira interpretación do contido da cláusula de supletoriedade partía da súa configuración como título competencial, de forma que o Estado podía regular materias de exclusiva competencia autonómica co só e único fin de crear dereito supletorio. Con todo o anterior, a evolución da interpretación levou a considerar posteriormente que esta regra non lle pode conferir título ningún ao Estado para que poida regular materias de competencia exclusiva das comunidades autónomas, so pena de incorrer en causa de inconstitucionalidade.

O dereito propio de cada Comunidade Autónoma é un conxunto de normas e institucións que son aplicables no seu territorio. Este ordenamento deberá ser completo ou

pleno en relación co ámbito competencial propio. Para iso non cómpre que consiga abranguer todo o que necesita ser regulado en cada momento, senón que deberá tender a iso mediante a habilitación de mecanismos capaces de lles dar solución xurídica aos supostos que se presenten, é dicir, debe dispor de medios de integración aptos que permitan dar resposta aos baleiros e lagoas; referímonos con iso á utilización da fórmula de autointegración.

Así, o axeitado funcionamento da cláusula de supletoriedade suporía comprobar a condición de ausencia normativa que necesita solución xurídica dentro do sistema autonómico, e a incapacidade de utilizar as técnicas de autointegración. Cumpriría localizar o sector do ordenamento estatal que regula a respectiva materia e comprobar a acomodación deste, no que fose posible, aos principios propios do dereito autonómico que se pretende suplir.

No que respecta á utilización da cláusula de supletoriedade como título competencial, deberase determinar que esta equiparación resulta totalmente incorrecta xa que a competencia está orientada a establecer un réxime de distribución de materias e a supletoriedade está dirixida a servir de regra integradora de lagoas. Afirmar ou negar unha competencia normativa do estado sobre unha materia utilizando como base a regra de supletoriedade non é posible, posto que non cabe soste a existencia dunha potestade estatal de regulación xeral en calquera materia á marxe do principio de competencia, nin pode crear dereito estatal coa única misión de servir de dereito supletorio ao das comunidades autónomas.

Sobre o principio de prevalencia, véxase a STC 1/2003, do 16 de xaneiro, e sobre o principio de supletoriedade (réxime estatutario dos funcionarios públicos e o marco xeral de distribución de competencias entre a Comunidade Autónoma de Estremadura e o Goberno da Nación), no relativo ao principio de supletoriedade, véxase a STC 118/1996, do 27 de xuño (sobre interpretación deste e da potestade de coordinación no conflito na ordenación do transporte en Cataluña), referencia ás leis 106591/2003 e 8076/1996, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

De Otto e Pardo, I.: "La prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1991.

Doménech Pascual, G.: *Revista de Administración Pública*, núm. 155, 2001.

Lasagabaster Herrarte, I.: *Los principios de supletoriedad y prevalencia del derecho estatal respecto al derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.

García Pérez, M.: *Manual de dereito Galego*, EGAP Santiago de Compostela, 1996.

Begoña López Puertas, B.: *El sistema competencial de Galicia: Autonomía y Federalismo*, EGAP, Santiago de Compostela, 2008.

Vicente Garrido Mayol, V.: "Sinopsis artículo 149", [www.Congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp? art=149&tipo....](http://www.Congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo....) , 2003.

<http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE

•TEMA REVISADO POR ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO

LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 4.

**A RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA:
CONCEPTO E SUXEITOS DA RELACIÓN
XURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AS
ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. O
ADMINISTRADO. A SÚA CAPACIDADE
XURÍDICA E DE OBRAR. AS SITUACIÓNS
XURÍDICAS DO ADMINISTRADO EN XERAL.
SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER
ACTIVO: POTESTADES DO ADMINISTRADO.
SITUACIÓNS XURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN
DE SUXEICIÓN E DEBER DO ADMINISTRADO.**

TEMA 4. A RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO E SUXEITOS DA RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. O ADMINISTRADO. A SÚA CAPACIDADE XURÍDICA E DE OBRAR. AS SITUACIÓNS XURÍDICAS DO ADMINISTRADO EN XERAL. SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DO ADMINISTRADO. SITUACIÓNS XURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUXEIÇÃO E DEBER DO ADMINISTRADO.

1. A RELACIÓN XURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO E SUXEITOS

1.1. Introducción

A relación xurídico-administrativa é a consecuencia lóxica da existencia de dúas persoas xurídicas: por unha banda a propia da Administración pública e a do administrado.

A relación xurídico-administrativa pódese definir como aquel tipo de relación xurídica que se establece entre unha administración pública e outro suxeito, que pode ser un particular (ao que tradicionalmente se denomina “administrado” cando se insire nunha relación xurídica desta clase), ou ben outra administración pública.

A relación xurídico-administrativa, como un modo do concepto xeral de relación xurídica, require que, como vimos, polo menos un dos suxeitos participantes nesta sexa unha administración pública e que, ademais, esta relación se atope regulada polo dereito administrativo. Non obstante o anterior, non podemos afirmar que todas as relacións xurídico-administrativas presupoñan unha relación social preexistente que posteriormente sexa regulada polo Dereito Administrativo: a Administración pública, en tanto que creación artificial, supón en ocasións a configuración *ex novo* por unha norma da relación xurídica, que doutro xeito, non nacería de forma espontánea do armazón social, tal e como sucede, por exemplo, no caso das relacións entre a Administración tributaria e os suxeitos pasivos dun determinado imposto.

Con todo, é preciso ter en conta que a Administración pública non sempre actúa no tráfico xurídico suxeita ao seu réxime xurídico propio e específico, que é o Dereito administrativo, senón que en ocasións o fai sometida ao dereito privado. En tales

ocasións, as relacións xurídicas que establece con outros suxeitos non terán a consideración de relacións xurídico-administrativas, senón de relacións xurídico-privadas. Nestes supostos de relacións xurídicas alleas ao Dereito administrativo (civís, mercantís, laborais) aínda que nelas sexa parte a Administración, esta carece da posición xurídica de supremacía que lle outorgan as prerrogativas propias do ordenamento xurídico-administrativo.

Esa actuación da Administración pública en réxime xurídico-privado prodúcese xeralmente en tres ámbitos: cando a Administración recorre ás formas de personificación do Dereito privado; na contratación do seu persoal en réxime laboral; na adquisición ou alleamento de bens e servizos a través de contratos privados.

A pesar de todo, nestes casos a formación da vontade da Administración réxese igualmente polo Dereito administrativo, de maneira que caberá separar ese momento previo da posterior relación xurídica que se establece segundo as normas do Dereito privado (teoría dos actos separables).

Nas relacións xurídico-administrativas cos administrados, a Administración preséntase como *potentior persona*, dotada dunha serie de potestades e prerrogativas xurídicas, entre as que destaca o privilexio de autotutela declarativa e executiva, que a colocan nunha posición de superioridade sobre aqueles.

Con todo, a actuación administrativa suxeita ao dereito administrativo está sometida tamén a unha serie de limitacións para garantir o interese público e os dereitos e intereses lexítimos dos administrados, como a obrigatoriedade de observar o procedemento legalmente establecido.

O artigo 38 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán executivos de acordo co disposto nesta Lei, e o artigo 39.1 engade que 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.

No mesmo sentido, o artigo 98.1 sinala que os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo que se produza a suspensión da execución do acto, trátase dunha resolución dun procedemento de natureza sancionadora contra a que caiba algún recurso en vía administrativa, incluído o potestativo de reposición, unha disposición estableza o contrario ou se necesite a aprobación ou a autorización superior. En consecuencia, segundo o artigo 99, as administracións públicas, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderán proceder, logo dun 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 esixan a intervención dos tribunais.

Desde o punto de vista do control xurisdiccional, as relacións xurídico-administrativas pertencen con carácter xeral ao ámbito da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, de acordo co que dispoñen os artigos 9.4 da Lei orgánica do Poder Xudicial e 1.1 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa. Segundo este último, os xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa coñecerán das pretensións que se deduzan en relación coa actuación das administracións públicas suxeita ao dereito administrativo, coas disposicións xerais de rango inferior á lei e cos decretos lexislativos cando excedan os límites da delegación.

1.2. Obxecto da relación xurídico-administrativa

Para ENTRENA CUESTA, constitúen o obxecto da relación xurídico-administrativa os actos ou as condutas humanas (prestacións como o desempeñar unha actividade funcional ou a do servizo militar), así como as cousas ou bens materiais (por exemplo o aproveitamento por parte dun concesionario dun ben de dominio público), en canto son integrantes dun ben xurídico tutelado pola norma.

Así pois o contido ou obxecto desta relación xurídico-administrativa pódese integrar en dous grandes grupos: as prestacións e as cousas. As primeiras poden ser da Administración cara aos administrados (por exemplo, os servizos públicos) ou destes, os administrados, en favor daquela (prestacións persoais de tipo obrigatorio). Pola súa banda, as relacións xurídico-administrativas relativas ás cousas ou bens materiais inclúen

tanto as relacións que poidan existir sobre o dominio público como as derivadas do réxime da propiedade privada.

Os dereitos e obrigas derivados da relación xurídico-administrativa non constitúen propiamente o seu obxecto, e debe entenderse que se van a integrar no propio contido desta. Así o contido da relación concesional, en canto se refire ao dominio público, comprende o dereito do concesionario ao uso e aproveitamento do ben concedido, así como o deber de conservar a cousa coa dilixencia necesaria.

1.3. Nacemento da relación xurídico-administrativa

O nacemento da relación xurídico-administrativa pode ter a súa orixe nunha norma, ben de forma directa, ben indirecta, ou tamén orixinarse en feitos xurídicos. O máis importante deses feitos constitúeo o acto administrativo.

A orixe normativa directa prodúcese cando a relación xurídica xorde sen que interveña a Administración. Pola súa banda, a relación nace indirectamente dunha norma cando, aínda que existe unha intervención da Administración, a actuación desta ten un carácter regrado, suposto do outorgamento dunha axuda ou subvención por unha produción agrícola, de maneira que a orixe inmediata da relación se atopa nunha norma, mentres que o directo ou inmediato vén dado pola actuación administrativa na que se concreta e se concede a cantidade para entregar.

Resulta normal que a relación xurídico-administrativa xurda de feitos, actos ou negocios xurídicos e de forma singular de actos administrativos. Tamén é frecuente que teña a súa orixe en certo tipo de negocios xurídicos que, ao contrario que o acto administrativo, non teñen natureza unilateral, como sucede no caso dos contratos administrativos.

Por último, a relación xurídico-administrativa nace de actuacións fácticas ou de feito da Administración que, carentes de cobertura ou amparo normativo, inciden de forma ilegal na esfera xurídica do administrado, e constitúen a denominada vía de feito (por exemplo, a ocupación dun ben sen a incoación previa de expediente expropiatorio) e mesmo a inactividade administrativa cando a Administración non atende o deber legal de

actuación, pasividade que pode consistir nunha inobservancia dun deber positivo de actuar.

1.4. Modificación da relación xurídico-administrativa

Doutra banda, a relación xurídico-administrativa pode ser obxecto de modificación, que pode recaer ben sobre os suxeitos que interveñen nesta (modificacións subxectivas), ben sobre o obxecto ou o seu contido (modificacións obxectivas)

As primeiras poden afectarlles tanto ao particular como á propia Administración. No caso de que lle afecte ao particular adóitase efectuar a través da cesión por este da posición xurídica da que é titular, aínda que debe matizarse que a regra xeral é a da intransmisibilidade dos dereitos e obrigas. En cambio a modificación subxectiva que lle afecta á Administración pública dáse, entre outros supostos, no caso de fusión de entes públicos ou transferencia de funcionarios estatais ás comunidades autónomas.

As modificacións de carácter obxectivo poden deberse tanto á Administración pública como ao administrado, aínda que o máis corrente ou frecuente é que sexa a propia Administración a que realice tal modificación. Así, por exemplo, en materia de contratación administrativa, a Administración pode modificar calquera dos elementos obxectivos en exercicio do denominado *ius variandi* (dereito de modificación), aínda que coa obriga de manter o equilibrio económico da relación contractual. Así mesmo, aínda que menos frecuente, tamén pode o administrado incidir no contido da relación xurídico-administrativa, tal e como sucede no caso de imposición de sancións cuxa contía varía en función de que o pagamento se produza nun determinado período; polo tanto, a contía da sanción pode variar en función da conduta do administrado sancionado.

1.5. Extinción da relación xurídico-administrativa

A relación xurídico-administrativa pode extinguirse e esta extinción pode producirse de forma normal ou anormal. No caso de extinción de forma normal, esta prodúcese cando se realiza o obxecto da relación xurídico-administrativa (execútase a obra pública, percíbese o importe da subvención, págase a multa...), mentres que a extinción de forma anormal trae a súa causa na desaparición ou deficiencia sobrevinda dalgún dos

orzosamentos ou elementos da relación xurídica (morte do funcionario, esgotamento do xacemento obxecto da concesión outorgada pola Administración...).

2. AS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

A personificación da Administración resulta explícita no ordenamento xurídico en vigor. Así resulta do artigo 3.4 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, que sinala que “cada unha das administracións públicas do artigo 2 actúa para o cumprimento dos seus fins con personalidade xurídica única”. O artigo 2.1 considera administracións públicas á 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 vinculados ou dependentes das anteriores.

De maneira similar, o artigo 1.2 da Lei da xurisdición contencioso- administrativa establece que, para os efectos do control xurisdicional que exercen os xulgados e tribunais do contencioso-administrativo, enténdese por administracións públicas a Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas, as entidades que integran a Administración local e as entidades de Dereito público que sexan dependentes ou estean vinculadas ao Estado, ás comunidades autónomas ou ás entidades locais.

Diso dedúcese que non hai unha soa administración pública, senón unha pluralidade de administracións públicas, titulares todas elas de relacións xurídico-administrativas. Como vimos, xunto á Administración do Estado alíñanse as das comunidades autónomas, as administracións locais (provincias, municipios, outras entidades locais), todas e cada unha das cales dotadas da súa propia personalidade xurídica independente, e unha serie de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas.

Dentro delas pódese facer unha primeira división, á vez horizontal, mediante o principio constitucional de competencia e a separación de dúas ordes políticas separadas, a do Estado e a das comunidades autónomas; e vertical, pola concentración na orde do Estado dos poderes políticos superiores ou soberanos (artigos 1.2 e 149.1 da Constitución). Pola súa vez, están as autonomías constitucionalmente garantidas, que son

a Administración local (artigos 137, 140 e 141 da Constitución) e as universidades (artigo 27.10), cunha posición peculiar.

Ao redor desas ordes administrativas territoriais (Estado, comunidades autónomas, administracións locais) xiran todas as demais administracións, que son, neste sentido, administracións “menores”, sometidas a un encadramento máis ou menos intenso, pero efectivo, nas primeiras.

Así, a través do sistema constitucional que integra as dúas instancias superiores e asegura a resolución dos seus conflitos (artigo 161 da Constitución e artigos 59 e seguintes da Lei orgánica do Tribunal Constitucional), e da supremacía que a estas corresponde sobre as administracións menores, a través das técnicas de integración e eventualmente de tutela, e, no caso dos entes institucionais, de instrumentalidade, toda a galaxia administrativa recondúcese a unha unidade estrutural e sistemática. O principio constitucional de coordinación (artigo 103.1) é expresión deste principio organizativo, correlativo da unidade global do Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA).

O artigo 3 da Lei 40/2015 reitera que as administracións públicas serven con obxectividade aos intereses xerais e actúan de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á Constitución, á lei e ao dereito.

Engade, ademais, que deberán respectar na súa actuación e relacións os seguintes principios:

- a) Servizo efectivo aos cidadáns.
- b) Simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns.
- c) Participación, obxectividade e transparencia da actuación administrativa.
- d) Racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión.
- e) Boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional.

- f) Responsabilidade pola xestión pública.
- g) Planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados das políticas públicas.
- h) Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados.
- i) Economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais.
- j) Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración e coordinación entre as administracións públicas.

2.1 Tipoloxía dos entes públicos

Unha clasificación dos entes públicos que integran a Administración pública, segundo SANTAMARÍA PASTOR debe elaborarse seguindo dous criterios esenciais o da esencialidade e o da instrumentalidade.

Unha primeira categoría de persoas publicas corresponde co que denominamos como entes territoriais, aos que o devandito autor denomina como entes políticos primarios. Xunto a estes e dependentes deles para a xestión descentralizada das súas funcións e coa nota común de ser instrumentos operativos filiais dos entes políticos primarios atopámonos cos denominados entes instrumentais. As notas que os distinguen son as seguintes:

- a) En canto á súa organización, os entes políticos primarios estrutúranse normalmente baixo fórmulas democrático-representativas das persoas ou poboación que as integra. Os entes instrumentais estrutúranse normalmente baixo fórmulas burocráticas de xestión, é dicir, como entidades ao servizo dos entes públicos primarios.
- b) En canto á base persoal, os entes públicos primarios desenvolven a súa actividade respecto da totalidade de persoas que se atopan fisicamente no seu territorio. Os entes instrumentais teñen como destinatarios da súa actividade colectivos sectoriais de persoas identificadas por datos obxectivos (pensionistas

respecto do Instituto Nacional da Seguridade Social) ou carecen de destinatarios. En ocasións poden ter como destinataria a totalidade da poboación, pero só nun aspecto concreto da súa vida persoal.

c) En canto aos seus fins, os entes instrumentais réxense polo principio de especialidade: constitúense para o desempeño dunha función ou conxunto de funcións delimitadas e específicas fóra das cales carecen de competencia para actuar. Pola contra, os entes públicos primarios baséanse no principio da xeneralidade e carácter potencialmente expansivo dos seus fins

d) En canto aos medios, a supremacía natural dos entes políticos primarios implica que sexan eles titulares orixinarios de potestades públicas superiores como a potestade regulamentaria, a expropiatoria, a sancionadora, a de planificación etc., potestades estas que só de forma excepcional e por expresa atribución legal poden exercer os entes instrumentais.

2.1.2. Entes políticos primarios.

A determinación de cales sexan eses entes no Dereito español require distinguir os tres ámbitos territoriais en que o noso Estado se estrutura:

a) O primeiro chanzo é o ámbito estatal. Dun lado, a Constitución parece atribuírlle a dita personalidade ao Estado (artigos 132.3, 133.3, 135.2). Con todo, a lexislación ordinaria parece optar por unha solución diversa e atribuírlle a dita personalidade á Administración xeral do Estado (artigo 3.4 da Lei 40/2015 en relación co artigo 2).

b) A personificación no ámbito territorial e rexional está constituída polas comunidades autónomas. O certo é que a Constitución non lles atribúe dunha forma explícita e clara personalidade xurídica ás comunidades autónomas. Nun primeiro momento, uns estatutos de autonomía optaron por personificar a Administración autonómica, outros pola tese oposta. Con todo, as leis do Goberno e da Administración de todas as comunidades, inspirándose na lexislación estatal, recoñeceron de forma unánime a personalidade xurídica única da Administración da comunidade autónoma respectiva.

c) A personificación no ámbito territorial e local, atópase no que a municipios e provincias se refire na propia Constitución (artigos 140 e 141.1). Nada se di nela respecto da personalidade das illas. Con todo, non ofrece ningunha dúbida, por canto cada unha das illas desempeña nos arquipélagos as funcións e competencias da deputación provincial. En contraste co que ocorre cos ámbitos territoriais superiores, non se expón neste, dúbidas acerca da atribución de personalidade xurídica a todo ou parte dos entes locais.

2.1.3. Entes instrumentais

Xunto á estrutura vertical dos entes políticos primarios, unha observación da realidade non pon de manifesto a existencia dun conxunto de personificacións xurídicas que dependen deles. Ademais do seu carácter instrumental, ao que xa aludimos, este conxunto de entes caracterízase pola súa extraordinaria heteroxeneidade. Dentro desta heteroxeneidade podemos distinguir dúas clases:

- a) Entes de base corporativa. Estes están constituídos por un grupo de persoas públicas ou privadas organizadas no interese común de todas elas e coa participación destas na súa administración. O sostemento económico destas entidades corre a conta dos propios membros a través de derramas, cotas, contribucións, achegas de capital etc. GARCÍA DE ENTERRÍA distingue dúas clases: as denominadas corporacións territoriais (as entidades locais) e as denominadas corporacións sectoriais de base privada. Neste último suposto atopámonos con persoas asociadas ao redor dalgunha finalidade específica. Por conseguinte, a calidade de membros destas corporacións está determinada por unha condición obxectiva que fai relación ao fin corporativo específico: unha calidade profesional (colexios profesionais), a condición de regador ou usuario dun aproveitamento colectivo de augas públicas (comunidade de usuarios de augas), a calidade de comerciante ou industrial (cámaras de comercio), a calidade de propietario do solo afectado pola execución dun plan de urbanismo (xuntas de compensación). Por último, están as corporacións interadministrativas, que poden estar formadas por entes homoxéneos, como as mancomunidades de municipios, e as formadas por entes heteroxéneos (Estado

e entidades locais, entes locais e entes institucionais do Estado, comunidades autónomas con calquera deles, agrupadas baixo o nome de consorcios).

b) Entes de base institucional. A institución é un conxunto de medios persoais e materiais afectados polo fundador (no caso que nos ocupa unha administración territorial primaria) para a xestión dunha determinada finalidade proposta pola entidade creadora e cuxa organización e funcionamento quedan determinados pola vontade do fundador. Estas entidades ofrecen un panorama notablemente máis complexo debendo distinguirse tres categorías principais:

- Organismos públicos. Engloba, pola súa vez, catro tipos diversos, cuxa característica común é a de estar constituídos baixo unha forma pública de personificación, como son os organismos autónomos, as entidades públicas de carácter empresarial, as axencias e as entidades xestoras da Seguridade Social.
- Sociedades públicas. Son entidades constituídas baixo forma privada de personificación (normalmente sociedades anónimas) e creadas xa pola Administración do Estado, polas comunidades autónomas ou polos entes locais para a realización de actividades de natureza industrial ou comercial.
- Fundacións do sector público. Esta categoría engloba un conxunto de supostos de carácter heteroxéneo de persoas xurídicas constituídas ou intervidas a posteriori por un ente público baixo a forma privada de fundación.

2.2 Capacidade dos entes públicos e os seus límites

Posto que todos eses entes públicos son persoas xurídicas, posúen capacidade, é dicir, aptitude xenérica para estar e actuar no tráfico xurídico. Para SANTAMARÍA PASTOR, tal capacidade posúe tres caracteres principais:

a) Réxese polo principio de xeneralidade nos entes políticos primarios, os cales poden emprender calquera tipo de actividade xurídica tendente a actualizar os valores e principios constitucionalmente consagrados co límite das competencias

que lles atribúa o ordenamento xurídico. A dos entes instrumentais inspírase no principio de especialidade, estando expresamente limitadas ás que expresamente lles confiran as súas normas reguladoras.

b) A capacidade dos entes públicos non se atopa limitada a ningunha rama do dereito, polo que poden realizar todo tipo de actos, tanto de dereito público como de privado, salvo que as normas establezan o contrario ou o impida o réxime xurídico ao que están suxeitos.

c) Non existen entre os entes públicos supostos de capacidade limitada ou restrinxida. En determinados supostos, o acto dun ente non é válido sen a autorización ou aprobación doutro, pero non implica que o autor do acto sexa de capacidade limitada, senón que a lei esixe, por razóns de cautela, de coordinación ou de aplicación de intereses de distinto nivel, a concorrencia de dúas vontades para a validez dun acto.

En canto aos límites á capacidade dos entes públicos, existen, en primeiro lugar, límites derivados do principio de legalidade. O sometemento pleno á lei e ao dereito (artigo 103.1 da Constitución) que caracteriza no noso sistema constitucional ás administracións públicas implica dous tipos de condicionamentos ou límites á capacidade destas:

a) Límites formais. Derivan da necesaria habilitación lexislativa previa para actuar normativamente nos campos reservados á lei e, en xeral, para adoptar calquera tipo de actuación que supoña limitación ou ablación da liberdade ou posición xurídica dos cidadáns.

b) Límites substantivos. O sometemento pleno á lei e ao dereito supón que a capacidade dos entes públicos está vinculada á observancia da totalidade do sistema normativo e, máis aínda, á prosecución de determinados fins: a consecución do interese xeral, a realización efectiva de principios, valores e directivas constitucionais e a observancia dos fins para os que se atribúe calquera potestade.

En segundo lugar, hai límites derivados da distribución competencial. Tan importantes como os anteriores son os límites que impón á capacidade dos entes públicos o sistema de distribución de competencias establecido no noso texto constitucional. É evidente que a compartimentación dos diferentes sectores da acción pública e a súa distribución a entes diversos entraña unha correlativa restrición da capacidade de cada un deles.

Desde a perspectiva da capacidade única, esta vén limitada por dous factores: primeiro, as materias ou competencias que normativamente son atribuídas a cada un dos ámbitos dos entes primarios e, segundo, pola territorialidade do interese que cada acción pretende. Dito en termos máis simples, cada ente posúe capacidade para actuar xuridicamente nas materias ou competencias de que é titular, e sempre que con iso se persiga un interese que non exceda sensiblemente do seu territorio.

3. O ADMINISTRADO

Administrado é calquera persoa física ou xurídica considerada desde a súa posición privada respecto da Administración pública ou os seus axentes (GARCÍA DE ENTERRÍA). Para SANTAMARÍA PASTOR é calquera suxeito de dereito que resulta destinatario do exercicio dunha potestade ou dereito subxectivo dos que é titular unha Administración pública, que posúe normalmente –aínda que non exclusivamente– unha posición dominante

Dentro desta categoría xenérica é posible distinguir dous subtipos: administrado simple e administrado cualificado. O administrado simple caracterízase por ter unha posición puramente xenérica de cidadán, mentres que o administrado cualificado distínguese porque se singulariza da devandita posición en virtude dun tipo de relación concreta que o liga coa Administración dunha maneira específica.

Os cidadáns ostentan a condición de administrado simple naquelas relacións cunha Administración pública que responden o modelo de relación xenérica entre os poderes públicos e os cidadáns. A esta situación adoitase cualificala, desde LABAND e MAYER, de relación xeral de poder ou relación xeral de supremacía (desde a perspectiva da Administración), ou relación xeral de suxeición (desde a perspectiva do administrado). A

Administración preséntase nestas relacións armada coas súas potestades xerais, as que a lei lle atribúe pola súa condición xenérica de tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionadora etc.).

Os cidadáns ostentan a condición de administrado cualificado naquelas relacións cunha Administración pública derivadas da súa inserción no seo da devandita organización administrativa. A dita inserción produciría, segundo a doutrina alemá, unha dependencia respecto da dita organización denominada relación especial de poder ou relación especial de supremacía (desde a perspectiva da Administración), ou relación especial de suxeición (desde a perspectiva do administrado).

MAYER caracterizou a estas situacións como “un estado de liberdade restrinxida”. Esta restrición viría do feito dos poderes de autoorganización da Administración sobre o establecemento ou o servizo en que se integra o administrado, poderes cuxo exercicio lle podería afectarlle a este administrado como disciplina de forma máis expeditiva do que é común nas relacións ordinarias. É o caso do preso, do soldado, do funcionario, do escolar etc. A doutrina alemá orixinaria falaba dun plus de sometemento do cidadán, para cuxa concreción a Administración non necesitaría unha cobertura de lei, aínda que lles afecte a dereitos fundamentais daquel.

No noso ordenamento, onde a Constitución consagra o principio de legalidade da actuación administrativa (artigo 103.1 CE) e a vinculación de todos os poderes públicos aos dereitos fundamentais (artigo 53.1 CE), non pode admitirse que a liberdade persoal poida ser coartada sen o respaldo dunha lei. Por iso, a situación de suxeición especial o máis que pode chegar a lexitimar é unha dedución de poderes implícitos nos outorgados pola lei dunha maneira xeral, que autorizan a Administración para impoñerlle ao administrado condutas positivas ou negativas, non previstas de maneira explícita na lei, ou dunha máis ampla marxe do papel do regulamento no desenvolvemento desa lei, pero nunca unha exención desta.

4. A SÚA CAPACIDADE XURÍDICA E DE OBRAR

En primeiro lugar, débese sinalar que a tradicional distinción entre capacidade xurídica (aptitude par ser titular de dereitos e obrigas e, en xeral, de situacións xurídicas

subxectivas) e capacidade de obrar (aptitude para operar persoalmente no tráfico xurídico exercitando os propios dereitos), ten unha menor relevancia no Dereito administrativo que no Dereito civil, porque no primeiro ambos os conceptos tenden a identificarse na medida en que se permite o exercicio dos dereitos a todos aqueles a quen se recoñece aptitude para trabar as relacións xurídicas das que estes dereitos xorden (artigo 3 da Lei 39/2015).

En segundo lugar, polo que respecta ás limitacións da capacidade de obrar, hai que destacar que mentres que no Dereito civil o réxime das devanditas limitacións é de carácter xenérico e as súas causas se atopan normalmente taxadas e baixo protección xurisdiccional, no Dereito administrativo non existe unha regulación xeral legal das causas limitativas ou excluíntes da capacidade de obrar, pola contra cada norma (mesmo de carácter regulamentario), en función das esixencias do concreto interese público que subxace no tipo de relación xurídica que disciplina, establece diversos tipos de circunstancias que exclúen ou limitan a capacidade dos administrados para ser parte nas relacións ou situacións xurídicas que regulan, e declarárase a causa de incapacidade como consecuencia dun simple acto administrativo.

Así as cousas, dado o seu esgotador casuismo é imposible expoñer todas as causas modificativas da capacidade de obrar. Por iso, examínanse unicamente as máis importantes: a nacionalidade, a idade e a enfermidade.

A nacionalidade é unha causa de exclusión dos cidadáns estranxeiros de numerosas relacións xurídicas, como son o sufraxio activo e pasivo nas eleccións xerais ou a condición de funcionario público (neste último caso, sen prexuízo do réxime especial aplicable aos cidadáns dos demais Estados membros da Unión Europea) ou a ocupación de numerosos cargos públicos como ministro (artigo 11 da Lei do Goberno) ou maxistrado do Tribunal Constitucional (artigo 18 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional).

A idade, entre outras funcións, opera como un límite mínimo para o acceso a determinados postos públicos e un límite máximo para a permanencia nestes.

A enfermidade ou as deficiencias físicas ou psíquicas posúen unha eficacia multidireccional. Poden actuar como factor impeditivo (por exemplo, para o acceso á función pública), como un factor extintivo de relacións xurídicas (por exemplo, como causa

de xubilación dos funcionarios ou o cesamento de certos cargos inamovibles), ou como requisito para o goce de determinados servizos (por exemplo, prestacións da Seguridade Social).

Do domicilio depende o cumprimento de certas obrigas ou a imposición de prestacións persoais

Outras circunstancias modificativas son, por exemplo, a condena penal que pode levar aparellada a pena accesoria de inhabilitación ou suspensión para cargo público, a declaración de concurso ou de insolvencia, a resolución culpable de contratos coas administracións públicas ou as sancións administrativas, que poden chegar a traducirse nunha causa de incapacidade en certos casos.

Xunto a estas causas, pero con menor transcendencia, atópase a veciñanza territorial, que implica a condición de membro politicamente activo das comunidades autónomas, e a veciñanza administrativa, a condición de veciño dun municipio, que ten importancia para os efectos do goce e cumprimento dos dereitos e deberes recollidos no réxime local.

5. AS SITUACIÓNS XURÍDICAS DO ADMINISTRADO EN XERAL

Como todos os demais suxeitos da relación xurídico-administrativa, o administrado, ao despregar a súa propia personalidade dentro dos límites da capacidade xurídica e de obrar que lle recoñece o ordenamento xurídico, pode resultar titular dunha serie de situacións xurídicas.

Estas tradicionalmente divídense en tres categorías: situacións xurídicas activas ou de vantaxe, que son aquelas que comportan unha ampliación da esfera xurídica do administrado; situacións xurídicas de desvantaxe, de gravame ou pasivas, que implican unha limitación ou minoración da esfera xurídica do administrado; e situacións xurídicas mixtas, que son aquelas onde se mesturan vantaxes e desvantaxes para o administrado.

6. SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DE ADMINISTRADO

Pódense incluír neste grupo tres clases diferentes: as potestades, os dereitos subxectivos e os intereses lexítimos.

A potestade é un poder efectivo, atribuído directamente polo ordenamento, previo e independente de toda relación xurídica concreta, susceptible, por esa razón, de despregarse e actuar fronte a círculos xenéricos de persoas que, respecto do titular do devandito poder, se atopan nunha situación de suxeición. Expresión esta que non debe entenderse como expresión dunha idea de subordinación ou sometemento, senón, máis simplemente, no sentido da eventualidade de soportar as consecuencias, que poden ser normalmente desvantaxosas, aínda que tamén puidesen non selo, do exercicio dunha potestade

Trátase, pois, dun poder xenérico, non referido a un suxeito en particular, nin a un obxecto determinado, un poder, en fin, que só a través do seu concreto exercicio pode chegar a actualizarse e traducirse nun poder concreto, é dicir, nun verdadeiro dereito subxectivo. Un exemplo é a potestade do cidadán de poñer en marcha o aparato da xustiza en defensa do propio patrimonio xurídico ameazado ou lesionado (artigo 24.1 CE).

O dereito subxectivo consiste nun recoñecemento polo dereito dun poder a favor dun suxeito concreto que pode facer valer fronte a outros suxeitos impoñéndolles a obriga de realizar unha conduta concreta e específica no seu interese propio, recoñecemento que implica a tutela xudicial da devandita posición.

Existen tres supostos típicos de dereitos subxectivos:

- Dereitos de natureza patrimonial:

i) De natureza obrigacional (contractual, extracontractual por danos e legal). Aquí inclúense supostos como o do contratista da Administración, o do lesionado extracontractual en canto á esixencia dunha indemnización de resarcimento de danos e perdas, e o do titular dunha situación á que a lei conecta un crédito fronte á administración (funcionario, beneficiario dunha

subvención...).

ii) De natureza real nas súas variadas formas e contidos (posesión, propiedade, dereitos de aproveitamento exclusivo sobre bens públicos...).

- Dereitos creados, declarados ou recoñecidos por actos administrativos singulares, a favor dunha persoa determinada (concesionarios, titulares de licenzas ou autorizacións, en xeral, recoñecemento de situacións xurídicas favorables).
- Situacións de liberdade individual articuladas tecnicamente como dereitos subxectivos (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Con todo, unha caracterización clara e precisa de ambas as situacións só se consegue mediante unha confrontación dialéctica das súas notas distintivas:

- A potestade ten a súa orixe nunha norma xurídica; o dereito subxectivo emana, en cambio, dunha relación xurídica concreta, aínda que tamén pode ser outorgado directamente por unha norma (por exemplo, os dereitos fundamentais) e mesmo creado en exercicio dunha potestade. Por iso, as potestades non poden adquirirse nin extinguirse por prescrición (aínda que si pode prescribir ou incorrer en caducidade a súa posibilidade de exercicio en casos concretos), mentres que o dereito subxectivo, pola contra, é normalmente susceptible de prescrición adquisitiva e extintiva.
- A potestade é un poder fiduciario, é dicir, un poder que se lle confire ao seu titular para a protección dos intereses de terceiros; o dereito subxectivo consiste, pola contra, nunha posición de poder que se dirixe á satisfacción dun interese propio do seu titular. Por iso:
 - As potestades son irrenunciabes e o seu contido inmodificable pola vontade do seu titular en canto se atope definido nunha norma sobre a que este carece de poder, mentres que o contido dos dereitos subxectivos é libremente modificable polo seu titular, e mesmo renunciabes.
 - A potestade é inalienable polo seu titular mediante actos singulares, aínda

que, en determinadas ocasións, pode cederse o seu mero exercicio; pola contra, o dereito subxectivo é, por natureza, transmisible a terceiros, salvo os de carácter personalísimo.

- A potestade posúe un obxecto xenérico, e o seu contido consiste na posibilidade abstracta de producir efectos xurídicos ou materiais sobre un suxeito ou un colectivo de suxeitos; o dereito subxectivo, en cambio, posúe un obxecto, específico, concreto e determinado, sendo o seu contido a realización dunha conduta igualmente específica e concreta que é esixible a un ou varios suxeitos pasivos.

O interese lexítimo, entendido como dereito subxectivo reaccional, consiste na facultade que asiste a calquera particular de reaccionar contra un acto da Administración que, de modo contrario a dereito, interfere no seu ámbito vital, causándolle un dano neste, co obxecto de restablecer a integridade do devandito ámbito danado.

A orixe do interese lexítimo entendido como dereito subxectivo reaccional atópase na peculiar evolución que o contencioso-administrativo tivo nos países que adoptaron o modelo francés de control da legalidade administrativa. Ao ser regulado este na súa orixe ao modo civil, como un proceso sobre dereitos, deixaba fóra do seu ámbito todas as infraccións das normas que non son atributivas de dereitos subxectivos (por exemplo, as referentes á competencia ou ao procedemento), o que lles impedía aos particulares incoar recursos baseados nestas infraccións.

A forma de salvar este obstáculo efectuouse afirmando que tales normas non creaban nos particulares dereitos, senón intereses, cuxa lesión os lexitimaba para iniciar o correspondente proceso; proceso no cal, está claro, non podían pedir a protección de ningún dereito, e, en consecuencia, non podían solicitar o restablecemento dunha situación xurídica individualizada, senón só a mera anulación do acto. Esta conclusión resultaba, con todo, absurda, porque o titular dun interese recorre non para lograr unha simple anulación, senón para obter o pleno restablecemento da situación danada polo acto impugnado; en ocasións, a mera anulación é suficiente (por exemplo, a anulación dunha sanción), pero noutros non o é.

A forma de resolver este problema consistiu na negación da individualidade do interese, o cal non é unha situación xurídica autónoma, senón unha modalidade atípica de dereito subxectivo, ao que se cualifica de dereito subxectivo reaccional.

Cando un acto da Administración interfere no ámbito vital dunha persoa, e causa un dano calquera neste e de modo contrario a dereito, xorde no particular afectado un dereito para reaccionar contra o prexuízo sufrido, ao obxecto de restablecer a integridade do seu ámbito danado. A causa xenética destes dereitos reaccionais atópase, pois, na suma dos dous elementos: a actuación ilegal e a lesión que esta produce no ámbito vital de intereses, tanto morais como patrimoniais, dunha persoa, e que o seu contido é a posibilidade de reaccionar contra o devandito dano ilegal ao obxecto de eliminalo, e impoñerlle ao autor do acto a realización das condutas necesarias para iso.

Existen tamén, con todo, outros intereses lexítimos que os particulares posúen fronte á Administración, e que non teñen contido reaccional, senón de pretensión. Estes xorden cando unha norma xurídica faculta o administrado para solicitarlle un beneficio á Administración, pero outorga ao mesmo tempo a esta discrecionalidade para acceder ou non á solicitude daquel. Ao non ter carácter regulado o outorgamento do solicitado, non pode falarse de titularidade dun dereito subxectivo do particular fronte á Administración, senón tan só dun interese lexítimo.

7. SITUACIÓNS XURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUXEIÇÃO E DEBER DO ADMINISTRADO

Pódense incluír neste grupo tres clases diferentes: a suxeición, o deber e a obriga.

É o termo correlativo da potestade e supón a necesidade xurídica de soportar os efectos dunha potestade exercida por outro, unha administración ou un administrado, sobre o propio ámbito xurídico. Por exemplo, a suxeición á potestade tributaria.

O deber consiste na necesidade xurídica de realizar un comportamento positivo ou negativo que unha norma impón a un suxeito en consideración aos intereses xerais da colectividade. Por exemplo, o deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos (artigo 31.1 CE). En consecuencia, o suxeito gravado co deber non ten fronte a si un

suxeito determinado que sexa titular dun dereito subxectivo que o faculte para esixir o comportamento no que o deber consiste, senón como moito un poder destinado a actuar como garantía do efectivo cumprimento do deber.

A obriga consiste na necesidade xurídica de realizar un comportamento positivo ou negativo que se lle impón a un suxeito no seo dunha relación xurídica en favor doutro suxeito en consideración aos específicos intereses deste último. Por exemplo, a obriga tributaria. En consecuencia, este último dispón dun dereito subxectivo que lle confire o poder de esixirlle ao suxeito gravado coa obriga, baixo pena de responsabilidade, o efectivo cumprimento do comportamento previsto.

Entre o deber e a obriga adoita mediar un proceso de concreción semellante ao que se produce entre a potestade e o dereito subxectivo, proceso que neste caso se resolve en actos administrativos de comprobación ou verificación, que, en atención ás circunstancias concorrentes en cada caso, precisan con relación a un suxeito determinado o deber xenérico imposto pola norma e o alcance concreto do comportamento esixible ao suxeito gravado. Por exemplo, a liquidación tributaria dirixida a un suxeito concreto converte en obriga fronte á Administración o deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos.

8. SITUACIÓNS XURÍDICAS DE CARÁCTER MIXTO

Pódense incluír neste grupo dúas clases diferentes: o poder funcional e a carga.

Os poderes-deberes, poderes funcionais ou funcións caracterízanse por que nestes a situación de poder está ensamblada cunha situación de deber e iso na medida en que o poder se outorga en consideración non só dun interese propio do seu titular, senón en atención a un interese doutro suxeito ou a un interese simplemente obxectivo (funcións) de cuxa efectiva satisfacción depende a lexitimidade mesma do seu exercicio. Por exemplo, no ámbito xurídico-privado, a patria potestade; no ámbito público, o dereito-deber de defender a España, o dereito-deber ao traballo, o dereito-deber ao medio etc.

A carga consiste na imposición ao titular desta, no seu propio interese, da necesidade xurídica de realizar unha determinada conduta, normalmente unha conduta positiva (de facer), de tal modo que o seu incumprimento non entraña ningunha ilicitude,

senón a simple perda dunha vantaxe para cuxa obtención esa conduta constitúe un requisito. Por exemplo, a comparecencia nun procedemento administrativo para ser considerado interesado, a petición de ampliación de prazos, a interposición de recursos etc.

9. OS COMPLEXOS DE SITUACIÓNS XURÍDICAS: OS STATUS

Con frecuencia fálase de status, termo de longa tradición na linguaxe xurídica, como dunha situación xurídica complexa (situación xurídica obxectiva ou estatutaria).

Expresándose con maior propiedade, o status constitúe un conxunto de poderes, dereitos, deberes e obrigas definido en termos xerais pola lei e aplicable en bloque a todos aqueles suxeitos que se atopan en determinadas circunstancias ou ingresan en certos grupos ou colectividade. O status é, en definitiva, un complexo de situacións xurídicas diversas (potestades, dereitos, obrigas etc.), consideradas unitariamente en función dun determinado rol social ou xurídico das persoas. Trátase, en consecuencia, dunha técnica de simplificación semántica que cumpre un dobre papel: dunha parte, o acoutamento, desde unha certa perspectiva, dun colectivo de persoas que posúen un conxunto de situacións xurídicas comúns; doutra, a designación sintética e abstracta destas situacións xurídicas. Hoxe adquiriu un uso máis extenso que na súa orixe, aínda que as normas xurídicas non utilicen normalmente este termo, o dan por suposto ao definir colectivos de persoas ás que se somete a unha regulación unitaria. Por exemplo, o status de español/estranxeiro, o status de veciño, o status de funcionario público, o status de concesionario etc.

BIBLIOGRAFÍA

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.^a edición, e II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, I, 25.^a edición, e II, 22.^a edición, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Dereito administrativo xeral*, I e II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 5

O PRINCIPIO DE LEGALIDADE DA ADMINISTRACIÓN: A SÚA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. AS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. A ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGRADAS E POTESTADES DISCRECIONAIS. O CONTROL DA DISCRECIONALIDADE: EN ESPECIAL O CONTROL DO FIN E A DESVIACIÓN DE PODER. O PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.

TEMA 5. O PRINCIPIO DE LEGALIDADE DA ADMINISTRACIÓN: A SÚA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. AS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. A ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGRADAS E POTESTADES DISCRECIONAIS. O CONTROL DA DISCRECIONALIDADE: EN ESPECIAL O CONTROL DO FIN E A DESVIACIÓN DE PODER. O PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.

1. O PRINCIPIO DE LEGALIDADE DA ADMINISTRACIÓN: A SÚA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA

A función constitucional da Administración pública consiste en servir con obxectividade os intereses xerais, e actuar para ese efecto con sometemento pleno á lei e ao dereito (artigo 103.1 da Constitución). Este sometemento é unha das manifestacións máis relevantes do Estado de Dereito (artigo 1.1 CE) e, máis concretamente, dun dos seus principios fundamentais, é dicir, o principio de legalidade (artigo 9.1 CE).

A actividade administrativa atópase, polo tanto, plenamente xuridificada, ou, o que é o mesmo, non se desenvolve nunca nun ámbito libre de normas e principios xurídicos. Por iso é polo que a actuación administrativa sexa sempre tamén aplicación da lei e do dereito.

O correlato necesario do anterior é o sometemento da enteira actividade administrativa ao control xurisdicional. En efecto, os órganos xurisdicionais controlan a legalidade da actuación administrativa (incluído o exercicio da potestade regulamentaria), así como o sometemento desta aos fins que a xustifican (artigo 106.1 CE). Non existen, por conseguinte, ámbitos da actividade administrativa subtraídos de entrada ao control xudicial.

Alá onde haxa vinculación da actuación administrativa á lei e ao dereito (e sempre a haberá, como se dixo, aínda que sexa en maior ou menor medida), caberá o control xurisdicional da súa legalidade ou conformidade a dereito. Obviamente, sempre que se interpoña contra aquela un recurso admisible que permita ou habilite un pronunciamento xurisdicional sobre o seu fondo, xa que sen recorrente non é posible o control xudicial (BACIGALUPO SAGESSE).

Así pois, non hai no Dereito español ningún espazo franco ou libre no que a Administración poida actuar cun poder axurídico e libre. Os actos e disposicións da Administración, todos, deben someterse a dereito, deben ser conformes a dereito. O desaxuste ou desconformidade co dereito constitúen unha infracción do ordenamento xurídico e prívaoos actual ou potencialmente de validez. O dereito, segundo GARCÍA DE ENTERRÍA condiciona ou determina de maneira positiva a acción administrativa, a cal non é válida senón responde a unha previsión normativa.

O principio de legalidade da Administración opera, pois, na forma dunha cobertura legal de toda a actuación administrativa: só cando a Administración conta con esa cobertura legal previa a súa actuación é lexítima.

2. AS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO

O principio de legalidade da Administración, co contido que vimos, exprésase nun mecanismo técnico preciso: a legalidade atribúelle potestades á Administración, precisamente. A legalidade outórgalle facultades de actuación, definindo coidadosamente os seus límites; apodera e habilita a Administración para a súa acción e confírelle poderes xurídicos. Toda acción administrativa preséntasenos así como o exercicio dun poder previamente atribuído pola lei e por ela delimitado e construído. Sen unha atribución previa de potestades simplemente non se pode actuar

A articulación técnica do principio de legalidade, tal como se enunciou, realízase a través das potestades. A potestade foi definida por Santi ROMANO como o poder xurídico para impoñer decisións a outros para o cumprimento dun fin. A potestade entraña, así, un poder outorgado polo ordenamento xurídico de alcance limitado ou medido para unha finalidade predeterminada pola propia norma que a atribúe, e susceptible de control polos tribunais.

A potestade non supón, en ningún caso, un poder de acción libre, segundo a vontade de quen o exerce, senón un poder limitado e controlable. Dentro das potestades, as da Administración pública son potestades-función, que se caracterizan por exercerse en interese “doutro”, isto é, non de quen a exerce, senón do interese público ou xeral.

A potestade diferénciase dos dereitos subxectivos polo seu carácter xeral e repetible nas súas posibilidades de exercicio, en tanto non se modifique ou derroque a norma que a crea. A potestade, por outra banda, crea suxeicións noutros, mentres que o dereito subxectivo non lles afecta aos demais, senón nun deber xenérico de respecto ao exercicio das facultades que o dereito comprende por parte do seu titular. Se do dereito subxectivo xorden suxeicións para outros, á marxe do deber xeral de respecto, é en virtude de relacións xurídicas precisas e, normalmente, co consentimento do obrigado na creación desa suxeición.

A potestade non xera ningunha relación xurídica, nin en pactos nin en negocios xurídicos ou actos ou feitos singulares, senón que procede directamente do ordenamento. Non recae sobre ningún obxecto específico e determinado, senón que ten un carácter xenérico e refírese a un ámbito de actuación definido en grandes liñas ou directrices xenéricas. Non consiste nunha pretensión particular, senón na posibilidade abstracta de producir efectos xurídicos, de onde eventualmente poden xurdir, como unha simple consecuencia do seu exercicio, relacións xurídicas. En fin, á potestade non lle corresponde ningún deber, positivo ou negativo, senón unha simple suxeición ou sometemento doutros suxeitos para soportar sobre a súa esfera xurídica os eventuais efectos derivados do seu exercicio.

Finalmente, a potestade, a diferenza dos dereitos subxectivos, non é transmisíbel, nin renunciábel, nin prescribíbel (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER).

3. A ATRIBUCIÓN DE POTESTADES: POTESTADES REGRADAS E POTESTADES DISCRECIONAIS

Se a Administración pretende iniciar unha actuación concreta e non conta con potestades previamente atribuídas para iso pola legalidade existente, haberá de comezar por promover unha modificación desa legalidade, de forma que desta resulte a habilitación que ata ese momento faltaba. Ese mecanismo da innovación normativa previa para producir a atribución de potestades coas cales seguidamente poder actuar, mediante o exercicio de tales potestades, prodúcese mesmo cando é a propia Administración a chamada para ditar a norma nova, isto é, cando esa norma basta que sexa un

regulamento.

Non hai neste fenómeno de autohabilitación a través de normas regulamentarias ningunha quebra do principio de legalidade, senón unha confirmación deste en canto mecanismo formal. Pois a Administración utiliza para ditar o regulamento unha potestade que lle foi previamente atribuída, a potestade regulamentaria. Do exercicio desta potestade, pola súa virtude normativa, poderán xurdir potestades novas de actuación concreta, unha vez creadas estas, e non ata entón, a acción concreta é xa posible.

A atribución de potestades á Administración ten que ser, en primeiro termo, expresa. A esixencia dunha explicitude na atribución legal non é máis que unha consecuencia do sentido xeral do principio, que require un outorgamento positivo sen o cal a Administración non pode actuar. A falta de tal atribución legal, a Administración carece de poderes, pois non ten outros que os que a lei lle atribúe.

Agora ben, esta esixencia debe ser matizada coa doutrina dos poderes inherentes ou implícitos que, por excepción, poden inferirse por interpretación das normas máis que sobre o seu texto directo. A inherencia ou a implicación deben deducirse non de ningunha imaxe ideal ou abstracta duns supostos poderes “normais” administrativos (imaxe que arruinaría a esixencia da legalidade na súa función habilitante), senón doutros poderes expresamente recoñecidos pola lei e da posición xurídica singular que esta constrúe, como poderes concomitantes de tales ou de tal posición ou, mesmo, como filiais ou derivados destes (poderes incluídos noutros ou derivados).

O segundo requisito da atribución de potestade é que esta debe ser específica. Todo poder atribuído pola lei debe ser en canto ao seu contido un poder concreto e determinado; non caben poderes inespecíficos, indeterminados, totais, dentro do sistema conceptual do Estado de Dereito.

Desde un punto de vista abstracto, un poder xurídico indeterminado é unha contradición co sistema de dereito, para o cal é consubstancial a existencia de límites. Un dereito ilimitado poñería en cuestión a totalidade do ordenamento, porque esa ilimitación destruíría todos os demais dereitos, faríalos imposibles.

O segundo argumento para excluír poderes indeterminados é de pura técnica organizativa: toda organización e máis aínda a medida que aumenta en complexidade, edifícase sobre unha distribución de funcións e de competencias nun conxunto de órganos. Desde a perspectiva interna da organización, hai que dicir que unha competencia global e absoluta dun órgano destruírá a organización enteira, ao substituírse no conxunto xeral dos órganos e ao excluír a existencia de límites entre a organización e os seus membros.

Unha terceira razón constitúea o recoñecemento de liberdades ou dereitos fundamentais, que impide necesariamente admitir a existencia de poderes ilimitados na Administración fronte aos cidadáns, pois é, xustamente, a primeira función da institución de tales liberdades ou dereitos básicos

Non hai, pois, poderes administrativos ilimitados ou globais; todos son, e non poden deixar de ser, específicos e concretos, taxados, cun ámbito de exercicio lícito, tras cuxos límites a potestade desaparece pura e simplemente.

Fálase, con todo, de “cláusulas xerais de apoderamento”. Pois ben, é claro que non se trata en absoluto dunha atribución de poderes ilimitados.

Primeiro, porque en todos os casos se trata dunha anotación de supostos que non son eles mesmos ilimitados, senón simplemente imprecisos na súa definición previa, pero necesariamente delimitables na súa aplicación concreta mediante a técnica dos “conceptos xurídicos indeterminados”.

Por outra banda, estes supostos de exercicio da potestade xogan baixo a técnica normal da lexitimación, como requisito que condiciona a posibilidade de exercicio dunha potestade, pero non por iso trasladan a esta unha ilimitación de contido ou de posibilidades de actuación. Ese contido está sempre taxado e non pode deixar de estalo, despois de que estes poderes están ordenados a un fin específico, como rezan as normas que os atribúen, e non a calquera fin, o que os fai á vez controlables polo principio da proporcionalidade ou adecuación. Este contido está sempre taxado e non pode deixar de estalo (GARCÍA DE ENTERRÍA).

No caso de poderes excepcionais de policía, xustificados nun estado de necesidade colectivo, estado que xustifica a necesidade de suspender momentaneamente a legalidade ordinaria e que polo tanto enuncian poderes públicos máis extensos, non chegan a ser poderes ilimitados, en canto están ordenados para un fin específico, como rezan as normas que os atribúen, e non a calquera fin, o que os fai pola súa vez controlables polo principio da proporcionalidade ou adecuación. En todo caso, eses poderes de excepción son tales, isto é, excepcionais ao sistema de legalidade ordinaria, que se ve suspendido só transitoriamente, e en último termo son corrixibles.

3.1. Potestades regradas e potestades discrecionais

A atribución expresa e específica das potestades administrativas pola legalidade é unha forma de atribución que resulta aplicable en todos os casos. Pero, existe a continuación unha distinción que GARCÍA DE ENTERRÍA cualifica de capital no modo como esa atribución se realiza: así, a lei pode determinar dunha forma exhaustiva todas e cada unha das condicións de exercicio da potestade, de forma que constrúa un suposto legal completo e unha potestade aplicable a este, tamén definida en todos os seus termos e consecuencias; ou ben pola contra, definindo a lei, porque non pode deixar de facelo, en virtude das esixencias de explicitude e especificidade da potestade que lle atribúe á Administración, algunhas das condicións de exercicio da devandita potestade, remite á estimación subxectiva da Administración o resto das condicións, ben en canto á integración última do suposto de feito, ben en canto ao contido concreto, dentro dos límites legais, da decisión aplicable ou ben de ambos os elementos.

A distinción desas dúas formas de atribución legal das potestades administrativas correspóndelles ao par de conceptos potestade regrada-discrecional.

O grao máximo de vinculación da Administración ao ordenamento alcázase cando este último programa a súa actuación a través de normas de estrutura condicional con alta densidade regulatoria. Son normas de programación condicional aquelas que vinculan a adopción dunha determinada consecuencia xurídica á concorrencia dun determinado suposto de feito, descrito na norma («A Administración adoptará a consecuencia xurídica X, se concorre o suposto de feito E»).

Nestes casos, a potestade é regulada cando a norma describe con precisión o suposto de feito e, ademais, obriga a Administración, no caso de que concorra o mesmo, a adoptar unha consecuencia xurídica determinada. O exercicio de potestades regradas reduce a Administración á constatación do suposto de feito legalmente definido de maneira completa e a aplicar en presenza deste o que a propia lei determinou tamén agotadoramente. Hai, polo tanto, un proceso aplicativo da lei que non deixa marxe ou posibilidade a ningún xuízo subxectivo, salvo a constatación ou verificación do suposto mesmo para contrastalo co tipo legal.

A aplicación de tales normas lévase a cabo mediante un elemental siloxismo e consiste, no esencial, na subsunción da realidade á que se lle pretende aplicar a norma no suposto de feito descrito nesta. Se a dita realidade encaixa no suposto de feito normativo, a Administración debe –sen máis– adoptar a consecuencia xurídica prevista na norma, é dicir, debe actuar (sen marxe de decisión de ningunha clase) de acordo ao esixido pola norma habilitante.

Cando o ordenamento lle atribúe á Administración unha potestade mediante normas de semellante estrutura, podemos afirmar que a dita potestade é unha potestade regrada.

O control xurisdicional do exercicio de potestades regradas é un control de máxima intensidade. En consecuencia, dado que cando a potestade actuada pola Administración é regulada a súa actuación atópase sometida a unha elevada densidade de programación normativa, o control xurisdicional daquela poderá ser, correlativamente, un control de máxima intensidade.

Con todo, a eficacia da actuación da Administración pode esixir unha atenuación da súa vinculación normativa en determinados ámbitos da intervención administrativa. Como se sinalou, a función constitucional da Administración consiste en servir eficazmente os intereses xerais (artigo 103.1 CE). Esta función non a pode cumprir, con todo, unha Administración cuxa actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional con alta densidade regulatoria.

A realidade á que se debe enfrontar a Administración co fin de servir os intereses

xerais é complexa e cambiante, polo que precisa dispoñer de potestades flexibles e facilmente adaptables ás peculiaridades de cada caso para poder tutelar os devanditos intereses eficazmente, como é o seu deber constitucional. Así como o ideal do Estado de Dereito tende a esixir que a vinculación da Administración ao ordenamento sexa particularmente intensa, o principio de Estado social (artigos 1.1 e 9.2 CE) e a lexitimación democrática (directa ou indirecta) da propia Administración inciden en certo xeito na dirección oposta, e esíxenlle ao lexislador que dote á Administración de potestades flexibles que lle permitan intervir eficazmente sobre unha realidade social crecentemente complexa e mudable en defensa dos intereses xerais.

As potestades regradas non ofrecen sempre, con todo, esa necesaria flexibilidade. Por iso é polo que resulte plenamente acorde co Estado Social e Democrático de Dereito o que o lexislador atenúe de maneira crecente –aínda que sempre dentro dos límites que impón o principio constitucional de reserva de lei– a intensidade da vinculación da Administración á lei.

Tal atenuación lógrase reducindo a densidade coa que as normas programan o contido da actividade administrativa. Pola súa vez, este obxectivo pódese alcanzar, con intensidade crecente, vinculando á Administración mediante algún dos seguintes tipos de norma:

- Normas de programación condicional cuxo suposto de feito se describe coa axuda de conceptos xurídicos indeterminados. Formalmente, a doutrina aínda hoxe maioritaria entende que as potestades que se outorgan mediante tales normas son potestades regradas, pero admite de forma practicamente unánime que á hora de aplicalas a Administración goza (ou pode gozar polo menos nalgúns supostos) dunha marxe de apreciación, non moi distinto da marxe de decisión do que indiscutiblemente se dota á Administración cando se lle atribúen xenuínas potestades discrecionais.
- Normas de programación condicional que, logo de comprobar a concorrencia do suposto de feito, non obrigan con todo á Administración para adoptar a consecuencia xurídica prevista na norma (a adopción é facultativa), ou lle permiten

a esta elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles.

Serían estas as potestades discrecionais en sentido estrito, que poden atribuír dous tipos de discrecionalidade, é dicir: ou ben discrecionalidade de actuación (a adopción pola Administración da consecuencia xurídica prevista pola norma é facultativa, é dicir, non obrigatoria), ou ben discrecionalidade de elección (cando a norma obriga a adoptar unha consecuencia xurídica, pero permítelle á Administración elixir entre varias consecuencias xurídicas posibles).

Tamén é posible que una mesma norma lle atribúa á Administración ambas as clases de discrecionalidade á vez (a norma prevé unha variedade de consecuencias xurídicas posibles, pero non obriga á adopción de ningunha delas).

- Finalmente, naqueles casos nos que a realidade regulada resulta particularmente complexa ou mudable, é dicir, cando non é posible describir o suposto de feito normativo cun mínimo grao de precisión (nin sequera coa axuda de conceptos xurídicos indeterminados), o ordenamento renuncia a unha programación condicional da actuación administrativa e opta por programala simplemente por fins ou obxectivos (programación finalista ou teleolóxica).

Este tipo de programación normativa é o que dá lugar á máis ampla das marxes de decisión que o ordenamento lle pode outorgar á Administración, tendo en conta que o ordenamento non predetermina os medios que a Administración deba ou poida empregar para lograr os fins ou obxectivos que a lei a obriga a perseguir. As normas de programación final difiren a elección dos medios á discrecionalidade da Administración. A manifestación máis clara da marxe de decisión que comporta este modo de programación é a chamada discrecionalidade de planificación (por exemplo, a discrecionalidade do plan urbanístico).

Como é lóxico, a atenuación da vinculación da Administración ao ordenamento leva sempre un efecto que non se pode pasar por alto: a intensidade do control xurisdiccional diminúe; canto máis ampla sexa a marxe de apreciación ou de decisión atribuído á Administración, menos intenso poderá ser o seu control xudicial (BACIGALUPO SAGESSE).

4. O CONTROL DA DISCRECIONALIDADE: EN ESPECIAL O CONTROL DO FIN E A DESVIACIÓN DE PODER

Debemos sinalar que todas as técnicas de control quedan enmarcadas a partir da promulgación da Constitución de 1978 no cadro da formal prohibición que esta contén no seu artigo 9.3 da arbitrariedade dos poderes públicos, prohibición que obriga a distinguir entre a discreción e o arbitrio lexítimos e a mera vontade ou o puro capricho dos administradores.

Como xa se dixo, a intensidade do control xurisdiccional varía segundo o grao de vinculación da Administración ao ordenamento. Este control é de máxima intensidade cando o ordenamento predetermina de maneira exhaustiva e esgotadora o sentido ou contido da actuación administrativa, é dicir, cando a Administración exerce potestades enteiramente regradas.

O control do exercicio deste tipo de potestades é un control positivo. Non se limita a determinar se a actuación impugnada adoece dalgún vicio xurídico, senón que ten por obxecto comprobar se a dita actuación se corresponde precisamente coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico.

Nestes casos, o xuíz contencioso-administrativo reconstrúe, polo tanto, en certo xeito, a decisión administrativa que procedía adoptar no caso conforme ao ordenamento. Isto significa que se a actuación administrativa impugnada non coincide coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico, o xuíz poderá non só anulala, senón ordenar tamén, se é o caso, a substitución daquela pola que proceda en dereito.

O control xurisdiccional da actuación administrativa é, pola contra, dunha intensidade sensiblemente menor cando a Administración goza dunha marxe de apreciación ou de decisión no exercicio da potestade actuada. É dicir, cando (i) goza dunha marxe de apreciación á hora de subsumir a realidade do caso concreto no suposto de feito dunha norma que o describe mediante conceptos xurídicos indeterminados; (ii) cando exerce unha potestade que lle atribúe discrecionalidade de actuación ou de elección (ou ambas á vez); ou, en fin, (iii) cando realiza unha actuación cuxa programación normativa é simplemente finalista.

En calquera destes casos o control xurisdiccional, aínda que de intensidade diversa (pois a amplitude da marxe de apreciación ou de decisión non é a mesma en todos eles), é un control negativo.

Inversamente ao que sucede no caso do control do exercicio das potestades regradas, o control dunha marxe de apreciación ou de decisión da Administración non ten por obxecto comprobar se a actuación impugnada se corresponde coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico, pola sinxela razón de que, se a Administración goza dunha marxe de apreciación ou de decisión, o normal será que non exista unha única actuación conforme a dereito no caso concreto.

Iso non significa, con todo, que se acomode ao ordenamento xurídico calquera decisión ou actuación imaxinable e, polo tanto, resulte inviable calquera control en dereito do exercicio que a Administración faga da súa marxe de apreciación ou de decisión.

Isto débese a que, aínda que a lei lle outorga unha marxe de apreciación ou de decisión á Administración, a elección que adopte esta no exercicio da devandita marxe non debe respectar tan só os límites –formais ou materiais– que a este lle impoña a propia lei que o outorga (os aspectos regrados de toda potestade), senón tamén o conxunto de principios que integran o ordenamento xurídico e que deben ser sempre observados, con independencia de que a lei programe a actuación da Administración con maior ou menor intensidade. Lémbrese unha vez máis que a Administración non só está sometida á lei, senón tamén ao dereito (artigo 103.1 CE).

Vexamos entón de maneira algo máis detida cales son concretamente os límites xurídicos que a Administración debe respectar á hora de exercer unha potestade discrecional, e cuxa observancia pode –e debe– fiscalizar o xuíz contencioso-administrativo en caso de impugnación. Se a Administración infrinxe algún destes límites, a súa decisión discrecional adoececerá dun vicio xurídico que determinará a súa anulación.

- O control dos feitos

Toda potestade discrecional apóiase nunha realidade de feito que funciona coma presuposto de feito da norma de cuxa aplicación se trata. Este feito ha de ser unha

realidade como tal feito e ocorre que a realidade é sempre unha e só unha: non pode ser e non ser ao mesmo tempo ou ser simultaneamente dunha maneira e doutra. A valoración da realidade poderá ser quizais obxecto dunha facultade discrecional, pero a realidade como tal, se se produciu o feito ou se non se produciu e como se produciu este, non pode ser obxecto dunha facultade discrecional, porque non pode quedar ao arbitrio da Administración discernir se un feito se cumpriu ou non se cumpriu ou determinar que algo ocorreu se realmente non foi así. Polo tanto, o primeiro límite vén dado polos feitos determinantes da actuación administrativa. A determinación destes non é discrecional. Polo tanto, o xuíz determina os feitos sen vinculación á determinación efectuada pola propia Administración. Isto significa tamén que a comprobación da concorrencia do suposto de feito normativo que habilita á Administración para actuar discrecionalmente é, en principio, plenamente revisable polo xuíz.

Esta afirmación debe ser matizada, con todo, nos casos en que a norma describe o suposto de feito mediante conceptos xurídicos indeterminados. Debemos partir de que os conceptos utilizados polas normas poden ser determinados ou indeterminados. Os conceptos determinados delimitan o ámbito da realidade ao que se refiren dunha maneira precisa e inequívoca. Por exemplo: a maioría de idade prodúcese aos 18 anos. Neste caso o número de anos está perfectamente determinado e a aplicación de tales conceptos nos casos concretos límitase á pura constatación, sen que se suscite ningunha dúbida en canto ao ámbito material a que tales conceptos se refiren. Pola contra, coa técnica do concepto xurídico indeterminado a norma refírese a unha esfera de realidade cuxos límites non aparecen ben precisados no seu enunciado, non obstante é claro que se intenta delimitar un suposto concreto. Así, conceptos como boa fe, falta de probidade, incapacidade permanente para o exercicio das funcións. A norma non determina con exactitude os límites deses conceptos, porque se trata de conceptos que non admiten unha cuantificación ou determinación rigorosas, pero en todo caso é manifesto que se está referindo a un suposto da realidade que admite ser precisado no momento da súa aplicación. A norma utiliza conceptos de experiencia ou de valor, porque as realidades referidas non admiten outro tipo de determinación máis precisa. Pero ao estar referíndose a supostos concretos e non a vaguidades imprecisas ou contraditorias, é claro que a aplicación de tales conceptos ou a cualificación das circunstancias concretas non admite

máis que unha solución: ou se dá ou non se dá o concepto. Pero o certo é que nestes supostos a Administración pode gozar dunha marxe de apreciación para subsumir a realidade no suposto de feito da norma e, por conseguinte, para apreciar se o suposto de feito descrito na norma concorre ou non no caso.

- O control dos aspectos formais de carácter regrado

En segundo lugar, o control xurisdiccional é igualmente pleno ou de máxima intensidade en relación cos aspectos formais de carácter regrado da potestade discrecional. Estes aspectos inclúen a observancia da competencia e do procedemento legalmente establecido. Tamén comprende o cumprimento da obriga legal de motivación das decisións discrecionais [artigo 35.1.i) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas]. Esta última esixencia non posúe só unha relevancia simplemente formal, senón tamén material para o control que ten por obxecto comprobar se a decisión infrinxe ou non algún principio constitucional ou principio xeral do dereito.

- O control da desviación de poder

En terceiro lugar, as decisións discrecionais adoecen dun vicio xurídico se incorren en desviación de poder. Lémbrese que o artigo 106.1 CE establece que os órganos xurisdicionais controlan non só a legalidade da actuación administrativa, senón tamén o sometemento desta aos fins que a xustifican.

Neste sentido, o artigo 48.1 da Lei 39/2015 dispón que “son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder”. Igualmente, o artigo 70.2 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa establece que “a sentenza estimará o recurso contencioso-administrativo cando a disposición, a actuación ou o acto incorresen en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder”. Este precepto legal define, así mesmo, o concepto de desviación de poder. Conforme ao que establece no seu parágrafo segundo, “enténdese por desviación de poder o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico”.

Aínda que a lei non o limita expresamente ás potestades discrecionais, é este un vicio típico do exercicio desta clase de potestades. Téñase en conta que, se se trata dunha potestade regradada e a actuación administrativa correspóndese puntualmente coa única permitida polo ordenamento xurídico, resulta de todo irrelevante desde o punto de vista xurídico se a Administración actuou animada ou non polo fin para o que a potestade exercida lle foi atribuída.

Pola contra, se a potestade actuada é discrecional e a decisión da Administración se adoptase en aparencia dentro dos límites da marxe de decisión que lle confire a dita potestade, si resulta plenamente relevante saber se a decisión foi adoptada ou non para o fin para o que a potestade discrecional lle foi atribuída á Administración. Con todo, trátase dun vicio normalmente difícil de probar na práctica procesual.

A desviación de poder descansa no carácter funcional das potestades administrativas. Estas atribúense exclusivamente para a satisfacción dun interese público concreto que a norma determina. En consecuencia, calquera actuación que persiga outro fin diverso, aínda que sexa lícito, non vén amparada pola potestade con base na que se dita o acto e, en consecuencia, este está viciado.

Polo tanto, incorre en desviación de poder todo acto que persegue fins privados, sexan lícitos ou ilícitos; os que persegue fins públicos prohibidos pola norma; e os que persegue fins públicos lícitos distintos daqueles para os que se outorgou a potestade de acción que se exerce.

A xurisprudencia puntualizou que a desviación de poder debe ser axuizada só tras comprobar que o acto axuizado non incorre noutro vicio de legalidade, posto que estes teñen prioridade. Só cando o acto cumpre a dita legalidade extrínseca cabe entrar no axuizamento dos fins que o acto pretende, para comprobar se se aparta ou non dos fins que para este prevé o ordenamento xurídico.

Esta doutrina non significa que o acto non poida estar incurso en vicio de desviación de poder cando ten outro vicio de legalidade, senón que o axuizamento deste vicio extrínseco á legalidade ten prioridade, e como a existencia deste outro vicio xa determina a nulidade do acto, non é necesario investigar a existencia de novos vicios nun

acto que xa se vai a anular. Esta doutrina non implica que o vicio de desviación de poder non se dea en presenza doutro vicio de legalidade, senón que non fai falta a súa consideración, posto que o acto xa debe ser anulado, o cal implica unha toma de posición sobre o modo de actuar os tribunais, e non unha declaración de incompatibilidade de vicios.

En calquera caso, dada a presunción de validez dos actos administrativos, a carga de probar incumbe a quen recorre alegando o devandito vicio. Fronte á gran amplitude con que se utilizou polo Consello de Estado francés esta técnica de control da acción administrativa, o Tribunal Supremo, pese ao expreso recoñecemento desta polo ordenamento español, utilizouna de xeito mesquiño, e escudouse en esixencias procesuais de proba da existencia da desviación de poder que van máis alá do esixible nesta institución, na que as presuncións razoables e os indicios suficientes deberían bastar cando sexan claros e manifestos.

Tras a aprobación da Constitución, ademais, a xurisprudencia ten unha natural tendencia á toma en consideración do principio de interdicción da arbitrariedade con preferencia á desviación de poder. Certamente, a distinción entre unha e outra figura non sempre é fácil, por canto como regula a desviación de poder supón normalmente actuación arbitraria da Administración; pero as institucións son diferentes e teñen no noso ordenamento unha consideración separada, como se verá a continuación.

- O control do exercicio da discrecionalidade sobre a base de principios constitucionais e principios xerais do dereito

Non podemos obviar que a lei lle outorgou á Administración unha potestade de obrar, pero iso non implica que derogase para ela a totalidade do ordenamento xurídico, o cal, co seu compoñente dos principios xerais do dereito, segue vinculando á Administración. Non ten sentido, por iso, pretender ampararse nunha potestade discrecional para xustificar unha agresión administrativa á orde xurídica, aos principios xerais que non só forman parte deste, senón que o fundamentan e o estruturan, dándolle o seu sentido propio por encima do simple agregado de preceptos casuísticos. Así o expresa hoxe con toda claridade o artigo 1.4 do *Código Civil* na súa alusión expresa ao

“carácter informador do ordenamento xurídico” que lles corresponde aos devanditos principios, de acordo cos cales debe, en consecuencia, ser interpretado aquel. Os principios xerais do dereito proporcionan, por iso, outros tantos criterios que deberán ser tidos en conta á hora de axuizar as actuacións discrecionais. Convén lembrar respecto diso que os principios xerais do dereito son unha condensación dos grandes valores xurídicos materiais que constitúen o substrato do Ordenamento xurídico e da experiencia reiterada da vida xurídica. Non consisten, pois, nunha abstracta e indeterminada invocación da xustiza ou da conciencia moral ou da discreción do xuíz, senón na expresión dunha xustiza material especificada tecnicamente en función dos problemas xurídicos concretos e obxectivada na lóxica mesma das institucións. Constitúen, pois, o límite xurídico máis importante que o ordenamento xurídico lle impón ao exercicio de potestades discrecionais.

Eses principios son, fundamentalmente, o principio de interdicción da arbitrariedade (artigo 9.3 CE), o principio de igualdade (artigo 14 CE), o principio de seguridade xurídica (artigo 9.3 CE) –e, como manifestación deste último, o principio de protección da confianza lexítima–, así como o principio de proporcionalidade. A xurisprudencia do noso Tribunal Supremo aplicaba xa no período preconstitucional esta técnica de control dos poderes discrecionais, e condenaba os resultados contrarios aos principios da boa fe e a confianza lexítima

Con todo, o control en dereito que permiten tales principios non é un control positivo, senón simplemente negativo. Non ten por obxecto comprobar se a actuación impugnada se corresponde coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico (que non adoita habela cando a lei lle outorga á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión), senón que se limita a comprobar se a actuación impugnada adoece dalgún vicio xurídico, consistente precisamente na infracción dalgún dos devanditos principios.

Se a actuación impugnada non adoece de ningún vicio, será plenamente conforme a dereito e deberá ser confirmada polo xuíz contencioso-administrativo, aínda que poida haber outras alternativas que o serían igualmente. A elección entre estas non pode ser revisada en sede xurisdiccional, pois, sendo todas elas non obxectables desde un punto de

vista xurídico, calquera pretensión revisora desbordaría os límites propios dun control en dereito, e penetraría de cheo no ámbito do xuízo sobre a oportunidade ou o acerto da decisión adoptada pola Administración, cuxa revisión lle está vedada á xurisdición.

Adicionalmente, débese ter en conta que os principios xurídicos só vinculan a Administración negativamente. É dicir, só prohiben aquelas actuacións que conculcan de maneira notoria ou manifesta os valores xurídicos neles consagrados, pero non predeterminan positivamente cal sexa a que proceda adoptar entre aquelas outras que non adoezan de tal vicio.

En consecuencia, estes principios non anulan ou esgotan a marxe de apreciación ou de decisión legalmente outorgada á Administración, senón que só lle impoñen límites ao seu exercicio.

Se a Administración os desborda (porque elixe unha solución arbitraria, desproporcionada ou discriminatoria), o xuíz contencioso-administrativo anulará a decisión administrativa impugnada, pero non ordenará a súa substitución por outra, pois –aínda descartada a opción anulada– poderá seguir habendo unha pluralidade de decisións alternativas posibles que, sen incorrer en infracción de ningún principio xurídico, poidan ser lexitimamente adoptadas pola Administración no exercicio da súa marxe de apreciación ou de decisión. Como se dixo, a opción por calquera destas correspóndelle á Administración, e a elección que esta leve a cabo non é susceptible dun control en dereito.

Só excepcionalmente os principios xurídicos esgotan a marxe de apreciación ou de decisión legalmente outorgada á Administración. Ocasionalmente pode darse algún caso en que, con todo gozar a Administración inicial ou formalmente dunha marxe de apreciación ou de decisión, proceda entender que tan só unha única actuación non estaría incurso en infracción dalgún principio xurídico, por apreciarse que calquera outra imaxinable no caso concreto infrinxiría necesariamente algún destes principios.

Nestes casos a doutrina fala dun esgotamento ou, en terminoloxía acuñada pola dogmática alemá, dunha redución a cero da marxe de apreciación ou de decisión.

Tal esgotamento da marxe de apreciación ou de decisión determina que a

potestade actuada se transforme no caso concreto nunha potestade regrada (dado que no caso só unha única solución se axusta a dereito). En consecuencia, o control xurisdiccional da actuación impugnada será tamén nestes casos un control positivo (e non simplemente negativo, como sucede normalmente cando a lei lle outorga á Administración unha marxe de apreciación ou de decisión), e por iso terá por obxecto comprobar se a dita actuación se corresponde ou non coa única permitida no caso concreto polo ordenamento xurídico (BACIGALUPO SAGESSE, COSCULLUELA MONTANER).

5. O PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

No caso de que un particular lle quixese facer cumprir a outro unha obriga que efectivamente contraeu, sen que este último acepte o cumprimento voluntario desta, o particular acredor deberá acudir ao xuíz para probar a existencia do dereito do que nace a obriga que pretende facer cumprir, probar a súa validez, e só se o xuíz así o declara na oportuna sentenza, producirase o efecto do cumprimento coactivo da obriga polo particular obrigado. Con todo, e como recolle GARCÍA DE ENTERRÍA, iso non exclúe o recoñecemento dalgún fenómeno de autotutela no propio ámbito das relacións privadas. Esa autotutela privada, primeiro, é excepcional e, segundo, é facultativa. Excepcional, porque contradí o principio xeral de tutela xudicial e precisa dun recoñecemento legal explícito, e tamén porque se constata en supostos que na práctica se producen en contadas ocasións. Casos de autotutela privada son os de “estado de necesidade” (artigo 8.7 do *Código Penal*), o dereito de retención (artigo 1866 e 1872 do *Código Civil*), a facultade de cortar as raíces dunha árbore allea que penetra en fondo propio (artigo 592 do CC), a de recuperar a posesión dun enxame (artigo 612 do *Código Civil*), e algúns casos máis de autotutelas pactadas ou reservadas entre as partes, cuxa validez se valora de forma estrita. Cando dicimos que esta autotutela é facultativa, queremos dicir que é actuable a iniciativa do suxeito e pola súa soa vontade, á que se exime de solicitar a conformidade ou o respaldo xudicial, pero non con iso debe construír un valado que exclúa de forma necesaria a actuación xudicial

A diferenza desta situación normal entre particulares, o principio ou privilexio de autotutela da Administración, que está definida de maneira explícita nas leis de modo que é a súa exclusión a que require un texto especial, ten o seguinte significado e efectos.

Unha vez ditado un acto administrativo, que é unha decisión unilateral da Administración, presúmese válido e é inmediatamente executivo, despreza de inmediato os seus efectos (logo de cumprir os requisitos de eficacia, como a notificación, a necesidade de aceptación etc.) e é de obrigado cumprimento para o administrado afectado, sen necesidade de que sexa declarada a súa validez previa polos tribunais, aínda no caso de que o administrado non recoñeza esa validez. Esta autotutela non enuncia simplemente un sistema de simples facultades da Administración, senón que define un ámbito necesario de actuación, onde o poder do xuíz queda excluído, salvo nun momento singular desa actuación e con poderes notablemente taxados. O xuíz non poderá penetrar no ámbito de autotutela administrativa, interferir o seu desenvolvemento. Non poderá evitar que a Administración dite un acto executorio ou privar o devandito acto de executoriedade, interferir na execución deste ou paralizar a actuación administrativa, nin pronunciarse sobre o contido eventual dunha relación antes de que a Administración o declare executoriamente. Enunciado de forma positiva: o xuíz debe respectar a realización íntegra pola Administración da súa potestade de autotutela; unicamente poderá intervir cando a autotutela estea xa producida e precisamente para verificar se esta se axusta ou non ao dereito materialmente aplicable.

Así, o artigo 38 da Lei 39/2015 establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán executivos de acordo co disposto nesta lei, e o artigo 39.1 engade que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo presumíranse válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa. No mesmo sentido, o artigo 98.1 sinala que os actos das administracións públicas suxeitos ao Dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo que se produza a suspensión da súa execución, se trate dunha resolución dun procedemento de natureza sancionadora contra a que caiba algún recurso en vía administrativa, incluído o potestativo de reposición, unha disposición estableza o contrario ou se necesite aprobación ou autorización superior.

Iso implica, consecuentemente, que a carga de impugnar o acto recae sobre o administrado, que debe recorrela, posto que a presunción xoga en favor da validez. Agora ben, a presunción de legalidade do acto administrativo despraza sobre o cidadán a carga

de accionar, para evitar a firmeza daquel, pero non lle afecta á carga da proba, que debe axustarse ás regras xerais.

En segundo lugar, e como complemento poderoso do anterior privilexio, a autotutela executiva ou executoriedade dos actos administrativos implica que a Administración pode executar polos seus propios medios, sen acudir aos tribunais, os actos ditados por ela que non sexan voluntariamente cumpridos polo seu destinatario. Establece a tal respecto o artigo 99 da Lei 39/2015 que a Administración pública, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderá proceder, tras un apercibimento, á execución forzosa dos actos administrativos, salvo nos supostos nos que se suspenda a execución de acordo coa lei, ou cando a Constitución ou a lei esixan a intervención dos tribunais. Esta calidade dos actos da Administración aplícase a todos os que a Administración dite, ben sexan de protección dunha situación preexistente, ben innovativos da devandita situación, creadores de situacións novas, mesmo gravosas para o administrado.

Ambos os privilexios, o de executividade e o de executoriedade, que integran o principio de autotutela, foron considerados conformes á Constitución polo Tribunal Constitucional desde a súa sentenza 22/1984, do 17 de febreiro, xa que serven para garantir a eficacia administrativa e evitar dilacións indebidas na execución da acción administrativa, que ademais poidan poñer en perigo a execución final da devandita actividade.

Con todo, os devanditos privilexios están suxeitos ao respecto de determinados dereitos constitucionais: o de inviolabilidade de domicilio, por exemplo, que esixe a autorización xudicial previa da acción administrativa. Ademais, admiten excepcións cando se obtén como medida cautelar, en vía administrativa ou xurisdiccional, a suspensión da eficacia do acto administrativo.

En todo caso, hai que advertir que mentres a presunción de validez dos actos administrativos ten un valor xeral respecto de toda a actividade administrativa, os privilexios de executividade e executoriedade só operan de forma plena en relación co exercicio de potestades de ordenación, sanción, limitación e ablación de dereitos. Polo que

respecta á executoriedade, debe ser entendida tamén en razón dos fins que motivan a súa creación polo réxime de Dereito administrativo: afirmar a satisfacción dos intereses públicos aínda en contra da vontade dos particulares que poidan resultan afectados.

Por iso, a executoriedade non opera de forma plena nas actividades de prestación, con aceptación voluntaria por parte dos beneficiarios, que non perseguen en si mesmos ningún cumprimento necesario ou forzoso (por exemplo, a subvención, servizos públicos voluntarios), aínda que debe advertirse que no seo das relacións que xorden con motivo da aceptación dunha actividade de prestación voluntaria pode darse o exercicio de potestades de ordenación, sanción ou limitación de dereito que si terán xa a forza da executoriedade plena (por exemplo, no cumprimento da obriga de devolución do diñeiro dunha subvención revogada por incumprimento das condicións polas que se outorgou).

Finalmente, a autotutela vese reforzada no noso ordenamento xurídico-administrativo por certas extensións ou reduplicacións desta (GARCÍA DE ENTERRÍA) que fortalecen aínda máis a posición da Administración fronte ao administrado:

- A potestade sancionadora da Administración, que lle permite en moitas ocasións a esta sancionar pola súa propia autoridade a falta de cumprimento voluntario dos actos administrativos, e que é compatible e independente co privilexio de autotutela executiva ou executoriedade daqueles. Supón un reforzamento notable da autotutela executiva: o particular que incumpriu unha obriga ou un deber que o vinculaba á Administración, non só se arrisca á execución forzosa de tal obriga, senón tamén a unha sanción polo seu incumprimento, sanción que impondrá directamente a Administración sen necesidade de acudir ao xuíz
- A necesidade de interpoñer un recurso previo ante a propia Administración, que será quen o resolva, antes de acudir aos tribunais, cando se impugna un acto administrativo, sempre que este non poña a fin á vía administrativa (recurso de alzada). Isto supón o someter a reacción impugnatoria do particular que pretende destruír a lexitimidade dos actos ou execucións administrativas suxeitas ao Dereito administrativo a unha decisión previa da Administración, para cuxo efecto se lle impón ao particular a carga de residenciar ante esta o correspondente recurso.

- A imposibilidade de interpoñer accións posesorias contra a actuación formalmente correcta da Administración (artigo 105 da Lei 39/2015: “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”). A prohibición de accións posesorias é un corolario necesario dos privilexios de executividade e executoriedade, pois doutra sorte frustraríase a execución material dos actos administrativos. A excepción constitúea a chamada vía de feito, que supón unha actividade material da Administración que se executa sen título xurídico que a ampare (COSCULLUELA MONTANER).

- Abusos da autotutela

En primeiro lugar esta a aplicación da autotutela administrativa ás relacións entre privados, para o que se introduce nestas unha convencional intervención administrativa que non ten outro obxecto que buscar ese efecto. Este tipo de fórmulas, que PARADA VÁZQUEZ chamou arbitraris porque a Administración actúa supraordenadamente aos intereses en xogo, foron utilizadas pola lexislación preconstitucional (dereitos de rectificación e réplica en materia de prensa, vivenda, relacións laborais, seguros etc.), pero son dificilmente admisibles hoxe, salvo que se orienten como modalidades de arbitraje voluntaria no marco da lexislación de arbitraje.

En segundo lugar, e máis grave, é a extensión das técnicas da autotutela administrativa ao ámbito sancionador ou represivo. Esta extensión realizouse de dúas maneiras: en primeiro termo, aplicando a técnica da sanción administrativa non só ao cumprimento de obrigas especiais respecto da Administración, senón tamén a infraccións cometidas contra o ordenamento en xeral no ámbito das relacións de supremacía xeral (infraccións en materia de seguridade cidadá, de mercado etc.), e en segundo termo, facendo dispoñibles como sancións administrativas os bens básicos da vida civil (a liberdade, a propiedade, o exercicio profesional).

Como sostén GARCÍA DE ENTERRÍA, compréndese inmediatamente, primeiro, que a autotutela administrativa está aquí fóra de lugar, posto que as sancións se aplican non para tutelar ningunha situación xurídica da Administración, senón a orde social no seu

conxunto; e segundo, que a dispoñibilidade pola Administración deses bens básicos dos cidadáns, á marxe de calquera relación previa con ela, trastorna as bases da vida social e, en particular, a posición central do xuíz penal.

- Consecuencias da autotutela

Pode sinalarse que o seu exercicio comporta certas consecuencias:

1. Unha procedimentalización formal da actuación administrativa derivada da dicción do apartado c) do artigo 105 da Constitución: "A Lei regulará... c) o procedemento a través do cal deben producirse os actos administrativos". Aínda que o procedemento administrativo non é pola súa natureza un proceso xudicial, resulta obvio que aparece configurado sobre os esquemas deste último (actos ordenados a unha resolución final, fases do procedemento, principio de contradición, distinción entre fases de alegacións, proba e resolución).
2. Debe destacarse que esa procedimentalización implica de feito unha actuación escrita e formalmente xeneralizada.
3. Especial referencia debe facerse á imposición da necesidade dunha motivación, mediante relación de feitos e fundamentación xurídica, das declaracións administrativas executorias que restrinxan dereitos ou resolvan conflitos e, en todo caso, das execucións.
4. Por último, é tamén unha directa consecuencia da autotutela que as decisións administrativas, que declaren, dereitos se asemellen pola súa inmutabilidade ás decisións xudiciais, fronte á mutabilidade e variabilidade que é máis ben a nota común da apreciación administrativa. A Administración non pode rectificar libremente as súas decisións que declaren dereitos.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M.^a J.: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

BACIGALUPO SAGESSE, M.: *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, con-*

trol judicial y límites constitucionales de su atribución, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BACIGALUPO SAGESSE, M.: "Las potestades administrativas", *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo III, *La actividad de las Administraciones públicas*, volume I, *La forma*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13 a 41.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, Thomson-Civitas, 2.^a edición, Madrid, 2004.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, 26.^a edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3.^a edición, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.^a edición e II, 14.^a edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

TEMA 6

OS DEREITOS DAS PERSOAS NA LEI DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

TEMA 6. OS DEREITOS DAS PERSOAS NA LEI DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

1. INTRODUCCIÓN

Unha das novidades máis destacadas que introduciu no seu día a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, foi a enunciación no seu artigo 35 dunha lista de dereitos dos cidadáns nas súas relacións coas administracións públicas. Con todo, esta lista foi obxecto de críticas polo seu carácter asistemático e, sobre todo, por mesturar dereitos xerais que corresponden a todas as persoas nas súas relacións coas administracións públicas, con outros cuxa titularidade se reserva só a quen ten a condición de interesados nun procedemento administrativo.

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, intenta superar esta última deficiencia dividindo a lista en dúas: unha de dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas, contida no artigo 13, e outras de dereitos do interesado no procedemento administrativo, contida no artigo 53. Ambas configúranse como listas abertas, pois non exclúen a titularidade doutros dereitos que o ordenamento xurídico lles poida recoñecer ás persoas nas súas relacións coas administracións públicas ou na súa condición de interesadas nun procedemento administrativo.

Existe, con todo, un grave erro no encabezamento da lista do artigo 13, pois limítase a titularidade dos dereitos recollidos nela a “quen de conformidade co artigo 3, teñen capacidade de obrar ante as administracións públicas”, confundíndose así a capacidade xurídica das persoas, que é a aptitude para ser titular de dereitos e obrigas, coa capacidade de obrar, que é a aptitude para exercer por un mesmo os dereitos dos que se é titular e cumprir as obrigas que lle corresponden. En efecto, unha cousa é quen poden exercer por si mesmos os dereitos recoñecidos no artigo 13 (só as persoas que teñen capacidade de obrar ante as administracións públicas) e outra quen son titulares deses dereitos, os cales deberían corresponder a todas as persoas que establecen relacións xurídicas coas administracións públicas e non só ás que teñen capacidade de

obrar.

Pola súa banda, para os efectos da aplicación dos dereitos do artigo 53, hai que ter en conta que o artigo 4.1 considera interesados no procedemento administrativo aos seguintes suxeitos:

- a) Quen o promova como titulares de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.
- b) Os que, sen iniciar o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que se atope neste.
- c) Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución definitiva.

2. DEREITOS DAS PERSOAS NAS SÚAS RELACIÓNS COAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

2.1. Dereito a comunicarse coas administracións públicas a través dun punto de acceso xeral electrónico da administración

A Lei 39/2015 non define que se entende por “punto de acceso xeral electrónico da administración”. O concepto legal máis similar que se atopa no noso

ordenamento xurídico é o de “portal da internet”, que se recolle no artigo 39 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Segundo este precepto, o portal da internet é o punto de acceso electrónico cuxa titularidade lle corresponda a unha administración pública, organismo público ou entidade de dereito público e que permite o acceso a través de internet á información publicada e, se é o caso, á sede electrónica correspondente. Polo tanto, o dereito para comunicarse coas administracións públicas a través dun punto de acceso xeral electrónico da administración parece referirse a que terá que existir un portal da internet de carácter xeral que permita o acceso ás sedes electrónicas de todas as administracións, organismos e entidades de dereito público.

Con todo, debe terse en conta que as previsións da Lei 39/2015 sobre esta materia non entrarán en vigor ata que non pasen dous anos desde a data de entrada en vigor

xeral da lei (é dicir, ata o 2 de outubro de 2018), o que atrasa a efectividade do dereito que nos ocupa ata ese momento.

A Lei 39/2015 recoñece tamén, no seu artigo 14, un dereito para relacionarse electronicamente coas administracións públicas cuxa titularidade lles corresponde ás persoas físicas. Este dereito debe entenderse como a facultade de 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. Ademais, o medio elixido pola persoa para comunicarse coas administracións públicas poderá ser modificado por aquela en calquera momento.

En cambio, para as persoas xurídicas e as entidades sen personalidade xurídica a relación por medios electrónicos coas administracións públicas non se formula como un dereito, senón como unha obriga que se estende á realización de calquera trámite dun procedemento administrativo.

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

Este dereito aparece desenvolvido no artigo 12 da Lei 39/2015, que prevé que 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 necesarias, así como os sistemas e aplicacións que en cada caso se determinen. A continuación, o precepto establece que as administracións públicas asistirán no uso de medios electrónicos os interesados non incluídos nos apartados 2 e 3 do artigo 14 que así o soliciten, especialmente no referente á identificación e á sinatura electrónica, á presentación de solicitudes a través do rexistro electrónico xeral e á obtención de copias auténticas. Polo tanto, a titularidade deste dereito parece corresponderlles unicamente ás persoas físicas que non estean obrigadas a relacionarse por medios electrónicos coas administracións públicas.

Esa asistencia comprende a posibilidade de que, se algún destes interesados non dispón dos medios electrónicos necesarios, a súa identificación ou sinatura electrónica no

procedemento administrativo sexa validamente realizada por un funcionario público mediante o uso do sistema de sinatura electrónica do que estea dotado para iso. 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 que deberá quedar constancia para os casos de discrepancia ou litixio.

2.3. Dereito a utilizar as linguas oficiais no territorio da súa comunidade autónoma

Este dereito debe poñerse en relación, en primeiro lugar, co artigo 54.11 do Estatuto Básico do Empregado Público (texto refundido aprobado polo Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro), que recolle dentro do código de conduta que deben cumprir todos os empregados públicos o deber de garantir a atención ao cidadán na lingua que solicite, sempre que sexa oficial no territorio. En segundo lugar, tamén se relaciona coas previsións sobre a lingua nos procedementos administrativos contidas no artigo 15 da Lei 39/2015, que reproduce o texto do artigo 36 da Lei 30/1992:

- Procedementos ante a Administración xeral do Estado

En principio, tramitaranse en castelán, pero os cidadáns pódense dirixir aos órganos administrativos con sede no territorio das comunidades autónomas con máis dunha lingua oficial en calquera delas, e entón usarase esa lingua no procedemento. Se os interesados son varios e discrepan sobre a lingua que se debe utilizar, prevalece o castelán, salvo nos documentos e testemuños que requiran aqueles, que se lle expedirán a cada persoa na lingua oficial que elixise.

- Procedementos ante as administracións das comunidades autónomas e dos entes locais

Aplicarase o que dispoña a lexislación autonómica, que deberá respectar en todo caso o dereito dos cidadáns para usar calquera das linguas oficiais nas comunidades autónomas con máis dunha lingua oficial e a recibir os documentos a eles dirixidos na lingua oficial que soliciten expresamente.

Ademais, todos os documentos non redactados en castelán que vaian producir

efectos fóra do territorio da comunidade autónoma de que se trate deberán ser traducidos pola propia administración actuante ao castelán, salvo que se dirixan ao territorio dunha comunidade autónoma con lingua cooficial coincidente.

O problema de orde interpretativa, pero de fundamentais consecuencias prácticas, radica na absoluta incerteza que rodea á noción de “producir efectos fóra do territorio da comunidade”. Para comezar, todo expediente pode ter que producir efectos fóra do devandito territorio (por exemplo, por ser o acto con que finaliza obxecto de recurso de casación ou por constituír unha proba ante a xurisdición penal). Naturalmente, a tradución ao castelán non haberá de facerse preventivamente, en todo caso, senón cando sexa evidente e inevitable que o expediente deberá pasar os límites do territorio autonómico. Pero en tal caso o cumprimento dos prazos por parte da Administración relativizáranse tendo en conta do tempo que require calquera tradución.

2.4. Dereito ao acceso á información pública, arquivos e rexistros

De acordo co artigo 105.b) da Constitución, a lei regulará o acceso dos cidadáns aos arquivos e rexistros administrativos, salvo no que lle afecte á seguridade e defensa do Estado, á investigación dos delitos e á intimidade das persoas.

A regulación anterior á Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, recollida na Lei 30/1992 e nunha infinidade de normas sectoriais supoñía un marco en exceso limitado e, neste sentido, como sinala con acerto J. MESSEGUER, tanto os operadores xurídicos como a xurisprudencia coincidiron en recoñecer as insuficiencias e lagoas desta normativa que dificilmente podía satisfacer as expectativas xeradas polo recoñecemento do dereito constitucional ao acceso. En tempos recentes a necesaria implementación do principio de transparencia e a consideración dos cidadáns como destinatarios da información en mans do poder público, orientaron algunhas disposicións normativas, como a relativa ao ambiente (Lei 27/2006, do 18 de xullo) ou, de forma puntual, algunhas previsións en materia de réxime local (Lei 27/2013, do 27 de decembro). Con todo, o punto de inflexión, polo seu carácter xeral, produciuse coa esperada Lei de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

Esta lei veu a establecer un novo réxime de acceso aos arquivos e rexistros públicos

e introduciu importantes modificacións. O obxecto do dereito configurado na norma aparece descrito no artigo 12: "todas as persoas teñen dereito a acceder á información pública, nos termos previstos no artigo 105 b) da Constitución española desenvolvidos nesta lei". No parágrafo segundo deixa á marxe da lei a normativa que as comunidades autónomas diten no ámbito das súas competencias, que en Galicia está recollida no capítulo IV do título I da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno.

Logo de definir o obxecto do dereito de acceso, o artigo 13 proporciónanos unha definición de información pública 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".

Polo tanto, unha interpretación conforme ao principio de accesibilidade máxima, acorde cunha configuración do dereito de acceso require que a posibilidade de acceso sexa efectivamente a regra xeral, e permita que o exercicio deste dereito recaia sobre as informacións de que dispoñen os poderes públicos.

A regulación do acceso contense de forma esencial na Lei 19/2013, sen prexuízo doutros réximes especiais xa existentes, aos que se refire a disposición adicional primeira, na que se di: "A normativa reguladora do correspondente procedemento administrativo será aplicable ao acceso por parte de quen ten a condición de interesados nun procedemento administrativo en curso aos documentos que o integren. 2 Rexeranse pola súa normativa específica, e por esta lei con carácter supletorio, aquelas materias que teñan un réxime xurídico específico de acceso á información. 3. Neste sentido, esta lei será de aplicación, no non previsto nas súas respectivas normas reguladoras, ao acceso á información ambiental e á destinada á reutilización". Desta forma, aquelas materias que teñan un réxime xurídico específico de acceso á información rexeranse pola súa normativa específica, respecto da cal a Lei 19/2013 terá carácter supletorio.

A exposición de motivos sinala as liñas básicas do sistema de límites do dereito de acceso que posteriormente desenvolve nos artigos 14 e 15 Seguindo a MORETÓN TOQUERO, podemos sinalar que os aspectos básicos dos límites que establece a lei

pódense sintetizar da seguinte forma:

- En primeiro lugar, o sistema seguido pola lei é o da previsión dunha listaxe única de límites que recolle ás materias (artigo 14 da lei) que eventualmente poden entrar en conflito co dereito de acceso. A capacidade limitadora desas materias vén dada pola necesidade de salvagardar os intereses que protexen, ben atendendo á propia natureza da información que pretende sexa desvelada, ben pola necesidade de evitar o prexuízo dos intereses xerais que podería producirse mediante o simple acceso á información.
- En segundo lugar, para apreciar o conflito que pode xustificar a limitación do dereito de acceso a norma remítese á aplicación dun test de dano, á comprobación do prexuízo que o acceso a determinada información poida producir sobre o interese que se pretende salvagardar coa confidencialidade. Por iso, non parece que caiba unha limitación de carácter absoluto senón que, será preciso constatar o eventual dano que a publicidade lles poida causar aos intereses protexidos polas devanditas materias.

Debe matizarse que a lei esixe un dano e non un mero perigo para os bens que intenta protexer.

- En terceiro lugar, advertido o potencial dano que puidese ocasionarse co acceso á información solicitada, a resolución do conflito lévase a cabo tras un proceso de ponderación, no que se teñen en conta, por unha banda o interese público na divulgación da información e por outro os dereitos e intereses protexidos pola lista de materias, para decidir cal deba ser o obxecto de protección, ou se é o caso, e como vía intermedia, recoñecer un dereito de acceso parcial (artigo 16 da Lei 19/2013). Agora ben, o citado acceso parcial ten como límite a conservación da propia información proporcionada, co que, lóxicamente, quedará excluído o acceso parcial cando resulte unha información distorsionada ou carente de sentido. Neste caso deberáselle indicar ao solicitante que parte da información foi omitida

En íntima conexión co dereito de acceso, resulta oportuno referirse ás previsións do artigo 18 da Lei respecto das causas que poden motivar a denegación de plano da

solicitude de acceso á información. O citado precepto ordena taxativamente que se inadmitan a trámite, mediante resolución motivada, as solicitudes:

- a) Que se refiran á información que estea en curso de elaboración ou de publicación xeral.
- b) Referidas á información que teña carácter auxiliar ou de apoio como a contida en notas, borradores, opinións, resumos, comunicacións e informes internos ou entre órganos ou entidades administrativas.
- c) Relativas á información para cuxa divulgación sexa necesaria unha acción previa de reelaboración.
- d) Dirixidas a un órgano en cuxo poder non obre a información cando se descoñeza o competente.
- e) Que sexan manifestamente repetitivas ou teñan un carácter abusivo non xustificado coa finalidade de transparencia desta lei.

En canto ás materias que poden limitar o dereito de acceso á información, aparecen recollidas no artigo 14:

- a) A seguridade nacional.
- b) A defensa.
- c) As relacións exteriores.
- d) A seguridade pública.
- e) A prevención, investigación e sanción dos ilícitos penais, administrativos ou disciplinarios.
- f) A igualdade das partes nos procesos xudiciais e a tutela xudicial efectiva.
- g) As funcións administrativas de vixilancia, inspección e control.
- h) Os intereses económicos e comerciais.

- i) A política económica e monetaria.
- j) O segredo profesional e a propiedade intelectual e industrial.
- k) A garantía da confidencialidade ou o segredo requirido en procesos de toma de decisión.
- l) A protección do medio.

A esta listaxe debe engadirse a protección dos datos persoais que, pola súa natureza e especificidade, merece unha referencia separada no artigo 15 da lei. Desta forma cando a información solicitada lle poida afectar de forma indirecta á protección de datos persoais, entrarán en funcionamento os mecanismos de equilibrio necesarios establecidos na lei. Así, se a información se refire a datos especialmente protexidos regulados no artigo 7.2 da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, só se poderá autorizar o acceso cando se conte co consentimento expreso e escrito do afectado, salvo que o devandito afectado fixese manifestamente públicos os datos con anterioridade a que se solicitase o acceso. Se se refire a datos especialmente protexidos recollidos no apartado 3 do citado precepto ou datos relativos á comisión de infraccións penais ou administrativas que non leven a amoestación pública ao infractor, o acceso só se poderá autorizar no caso de que exista consentimento expreso do afectado ou se aquel estivese amparado por unha norma con rango de lei.

O procedemento para o exercicio deste dereito iniciárase mediante a presentación dunha solicitude dirixida ao órgano administrativo ou entidade que posúa a información. A solicitude poderá ser presentada por calquera medio que permita ter constancia de:

- a) A identidade do solicitante.
- b) A información que se solicita.
- c) Un enderezo de contacto, preferentemente electrónico, para os efectos de comunicacións.
- d) Se é o caso, a modalidade que se prefira para acceder á información solicitada.

O solicitante non deberá motivar a súa solicitude e poderá dirixirse ás administracións públicas en calquera das linguas cooficiais do Estado.

Logo de estudar a solicitude e se esta se refire a información que non obra en poder do suxeito ao que se dirixe, este remitiraa ao competente se o coñecese. Cando a solicitude non identifique de forma suficiente a información, pediráselle ao solicitante que a concrete no prazo de 10 días. Se a información lle puidese afectar a dereitos ou intereses de terceiros, concederáselles un prazo de 15 días para formular alegacións. Cando a información obxecto de solicitude, aínda obrando no suxeito ao que se dirixe, fose elaborada ou xerada na súa integridade ou parte principal por outro, remitiráselle a solicitude a este para que decida sobre esta.

A resolución pola que conceda ou denegue o acceso debe notificarse ao solicitante e aos terceiros afectados no prazo máximo dun mes desde a recepción da solicitude polo órgano competente para resolver. Este prazo poderá ser ampliado por outro mes cando o volume ou a complexidade da información o fagan necesario, e comunicaráselle previamente ao solicitante.

Motivaranse as resolucións que deneguen o acceso, as que concedan un acceso parcial ou a través de modalidade distinta á solicitada e as que permitan o acceso, a pesar da oposición dun terceiro.

Transcorrido o prazo máximo para resolver sen que se ditase e notificase unha resolución expresa, entenderase que a solicitude foi desestimada.

As resolucións son recorribles directamente ante os órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, sen prexuízo da posibilidade de interpoñer unha reclamación potestativa ante o Consello de Transparencia e bo Goberno ou o órgano que sinalen as comunidades autónomas para o seu propio ámbito (en Galicia, o Valedor do Pobo, segundo o artigo 28 da Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno).

O acceso realizarase preferentemente por vía electrónica, salvo cando non sexa posible ou o solicitante sinalase de forma expresa outro medio e será gratuíta, salvo que se expidan copias ou se traspoña a información a formato diferente ao orixinal.

2.5. Dereito 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 un desenvolvemento no plano administrativo do artigo 10.1 da Constitución, que dispón que a dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade, o respecto á lei e aos dereitos dos demais son fundamento da orde política e da paz social. Garántese a través das normas disciplinarias que prevén sancións para as autoridades e persoal ao servizo da Administración que actúen de maneira irrespetuosa ou vexatoria cos administrados.

En tal sentido, o artigo 54 do Estatuto básico do empregado público impón como principios de conduta a todos os empregados públicos que traten con atención e respecto aos cidadáns, aos seus superiores e aos restantes empregados públicos, que informen os cidadáns sobre aquelas materias ou asuntos que teñan dereito a coñecer, e que lles faciliten o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas.

Este apartado inclúe unha clásica directriz de relacións humanas, instrumentada na forma dun complexo dereito-deber relativa ás regras de trato cortés e cooperador que deben inspirar as relacións entre membros das administracións públicas e os cidadáns.

A primeira manifestación deste complexo é o deber dos servizos públicos de tratar “con respecto e deferencia” os cidadáns e simultaneamente o dereito destes a esixir o devandito trato. Non hai aquí variedade respecto do que xa se establece, como vimos, na normativa sobre función pública, por máis que a terminoloxía sexa variada. Así, o artigo 7.o) do Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración do Estado, aprobado polo Real decreto 33/1986, do 10 de xaneiro, sanciona a “falta de consideración” cos administrados e o 8.c) a “incorrección” co público e, de maneira similar, o artigo 186.1 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, tipifica como falta disciplinaria grave a “desconsideración” con calquera persoa coa que os funcionarios se relacionen no exercicio das súas funcións e o 187.1.c) a “incorrección” cos cidadáns.

O segundo dos dereitos-deberes que este precepto establece, ten,

indubidablemente, relación co que acabamos de mencionar, pero vai moito máis alá en canto á esixencia de trato aos cidadáns, pois non só se impón que este sexa respectuoso e amable, senón tamén cooperador, desde o punto e hora en que os servidores públicos “haberán de facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas”. Baste comentar que o carácter persoal deste deber impide consideralo como unha directriz obxectiva, que viciaría de ilegalidade as normas e actos que arbitraria e gratuitamente, voluntariamente ou por torpeza dificultasen gravemente o cumprimento polos cidadáns dos seus deberes ou o exercicio dos seus dereitos.

2.6. Dereito a esixir as responsabilidades das administracións públicas e autoridades, cando así corresponda legalmente

Trátase do dereito para obter unha indemnización por toda lesión que sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos, salvo nos casos de forza maior, recoñecido polo artigo 106.2 da Constitución e desenvolvido nos seus aspectos substantivos pola Lei 40/2015 e nos procedimentais pola propia Lei 39/2015.

Hai que ter en conta, con todo, que os administrados non poden esixirlles de maneira directa a responsabilidade administrativa ás autoridades e ao persoal ao servizo da Administración, senón que se teñen que dirixir sempre contra esta última, que será logo a que reclame fronte ao responsable (artigo 36 da Lei 40/2015). En cambio, si se pode esixir directamente a responsabilidade penal e a civil derivada de delito (artigo 37).

2.7. Dereito á obtención e utilización dos medios de identificación e da sinatura electrónica contemplados na Lei 39/2015

O artigo 9.2 da Lei 39/2015 permítelles aos interesados 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 letra c) levará a admisión de todos os previstos nas letras a) e b) anteriores para ese trámite ou procedemento.

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.

En canto aos sistemas de sinatura electrónica, o artigo 10.2 da Lei 39/2015 considera válidos os seguintes:

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 os 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. Así mesmo, cando así o dispoña expresamente a normativa reguladora aplicable, as administracións públicas poderán admitir os sistemas de identificación contemplados nesta lei como sistema de sinatura cando permitan acreditar a autenticidade da expresión da vontade e consentimento dos interesados. Reciprocamente, cando os interesados utilicen un sistema de sinatura dos previstos no artigo 10 da Lei 39/2015, a súa identidade entenderase xa acreditada mediante o propio acto da sinatura.

2.8. Dereito 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

Este dereito atópase desenvolvido na Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, que dedica o capítulo I do seu título IV aos ficheiros de titularidade pública. Así, o artigo 20 da lei prevé que a creación, modificación ou supresión dos ficheiros das administracións públicas só poderán facerse por medio dunha disposición xeral publicada no *Boletín Oficial do Estado* ou diario oficial correspondente. As disposicións de creación ou de modificación de ficheiros deberán indicar:

- a) A finalidade do ficheiro e os usos previstos para este.
- b) As persoas ou colectivos sobre os que se pretenda obter datos de carácter persoal ou que resulten obrigados a presentalos.
- c) O procedemento de recollida dos datos de carácter persoal.
- d) A estrutura básica do ficheiro e a descrición dos tipos de datos de carácter persoal incluídos neste.
- e) As cesións de datos de carácter persoal e, se é o caso, as transferencias de datos que se prevexan a países terceiros.

- f) Os órganos das administracións responsables do ficheiro.
- g) Os servizos ou unidades ante os que puidesen exercitarse os dereitos de acceso, rectificación, cancelación e oposición.
- h) As medidas de seguridade con indicación do nivel básico, medio ou alto esixible.

Pola súa banda, o artigo 21 establece as regras que rexen a comunicación de datos entre administracións públicas. Os datos de carácter persoal recollidos ou elaborados polas administracións públicas para o desempeño das súas atribucións non lles serán comunicados a outras administracións públicas para o exercicio de competencias diferentes ou de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cando a comunicación teña por obxecto o tratamento posterior dos datos con fins históricos, estatísticos ou científicos. Así mesmo, poderán ser obxecto de comunicación os datos de carácter persoal que unha Administración pública obteña ou elabore con destino a outra. En todos estes casos, non será necesario o consentimento do afectado.

En cambio, a comunicación de datos recollidos de fontes accesibles ao público non poderá efectuarse a ficheiros de titularidade privada, senón co consentimento do interesado ou cando unha lei prevexa outra cousa.

Pola súa banda, o artigo 22 regula en particular o réxime aplicable aos ficheiros das forzas e corpos de seguridade. Segundo este precepto, a recollida e tratamento para fins policiais de datos de carácter persoal polas forzas e corpos de seguridade sen consentimento das persoas afectadas están limitados a aqueles supostos e categorías de datos que resulten necesarios para a prevención dun perigo real para a seguridade pública ou para a represión de infraccións penais, e deberán ser almacenados en ficheiros específicos establecidos para o efecto, que deberán clasificarse por categorías en función do seu grao de fiabilidade.

Se se trata dos datos especialmente protexidos aos que se refiren os apartados 2 e 3 do artigo 7 da Lei orgánica de protección de datos de carácter persoal, a súa recollida e tratamento polas forzas e corpos de seguridade poderán realizarse exclusivamente nos supostos en que sexa absolutamente necesario para os fins dunha investigación concreta,

sen prexuízo do control de legalidade da actuación administrativa ou da obriga de resolver as pretensións formuladas, se é o caso, polos interesados que corresponden aos órganos xurisdicionais.

Os datos persoais rexistrados con fins policiais cancelaranse cando non sexan necesarios para as investigacións que motivaron o seu almacenamento. Para estes efectos, considerarase especialmente a idade do afectado e o carácter dos datos almacenados, a necesidade de manter os datos ata a conclusión dunha investigación ou procedemento concreto, a resolución xudicial firme, en especial a absolutoria, o indulto, a rehabilitación e a prescrición de responsabilidade.

Por último, o artigo 23 permítelles aos responsables dos ficheiros das forzas e corpos de seguridade denegar o acceso, a rectificación ou a cancelación en función dos perigos que puidesen derivarse para a defensa do Estado ou a seguridade pública, a protección dos dereitos e liberdades de terceiros ou as necesidades das investigacións que se estean realizando. Esta excepción esténdese aos responsables dos ficheiros da facenda pública cando o exercicio dos dereitos mencionados obstaculice as actuacións administrativas tendentes a asegurar o cumprimento das obrigas tributarias e, en todo caso, cando o afectado estea a ser obxecto de actuacións inspectoras. O afectado poderá poñelo en coñecemento do director da axencia de protección de datos ou do organismo competente de cada comunidade autónoma no caso de ficheiros mantidos por corpos de policía propios destas, ou polas administracións tributarias autonómicas, quen deberá asegurarse da procedencia ou improcedencia da denegación.

Outra excepción aos dereitos dos afectados, contemplada polo artigo 24 da Lei orgánica de protección de datos de carácter persoal, consiste en que as obrigas de información establecidas no artigo 5 desta non serán aplicables á recollida de datos cando a información ao afectado lle afecte á defensa nacional, á seguridade pública ou á persecución de infraccións penais.

3. DEREITOS DO INTERESADO NO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Dereitos de información e a acceder e a obter copia dos documentos contidos nos procedementos

O primeiro grupo de dereitos que o artigo 53 da Lei 39/2015 lle recoñece na súa letra a) ao interesado no procedemento administrativo comprende os seguintes:

- Dereito a coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos nos que teñan a condición de interesados.
- Dereito a coñecer o sentido do silencio administrativo que corresponda, no caso de que a Administración non dite nin notifique resolución expresa en prazo.
- Dereito a coñecer o órgano competente para a súa instrución, se é o caso, e resolución (que debe poñerse en relación co dereito para identificar ás autoridades e ao persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos, recoñecido na letra b) do propio artigo 53 da Lei 39/2015).
- Dereito a coñecer os actos de trámite ditados.
- Dereito a acceder e a obter unha copia dos documentos contidos nos procedementos. Téñase en conta que o artigo 82 da Lei 39/2015, cando regula o trámite de audiencia no procedemento administrativo, matiza que, á hora de poñer de manifesto os procedementos aos interesados, “teranse en conta as limitacións previstas, se é o caso, na Lei 19/2013, do 9 de decembro”, co que parece que serán de aplicación neste ámbito todas as limitacións xa analizadas en relación co dereito de acceso á información pública, a pesar de que o réxime desta lei en principio non é aplicable ao acceso por parte de quen teña a condición de interesados nun procedemento administrativo en curso aos documentos que se integren neste.

Quen se relacione coas administracións públicas a través de medios electrónicos, terán dereito a consultar todas estas informacións 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 posta á súa disposición no punto de acceso xeral electrónico da administración competente ou nas sedes electrónicas que correspondan.

3.2. Dereito a identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos

O contido deste dereito de identificación das persoas responsables da tramitación debe ser precisado desde diversas perspectivas.

Ao que a norma alude é ao deber da Administración de facilitarlle ao interesado, ao seu requirimento, a identidade dos cargos públicos e funcionarios aos que lles compete a responsabilidade da tramitación do seu expediente. A referencia que se fai á tramitación de procedementos debe interpretarse en sentido amplo, de modo que comprenda a realización de calquera actuación por parte do funcionario ou servidor público, dean lugar ou non a constancia documental. No ámbito das actuacións non procedimentais ou decisións non procedimentalizadas (inspeccións, requirimentos, ordes verbais etc.). O dereito á identificación entraña o deber correlativo dos funcionarios de facilitar a súa identidade aos interesados ou destinatarios da actuación administrativa, cando sexan requiridos para iso.

Noutra orde de cousas, este dereito é esencial para poder exercer a facultade legal de recusación recoñecida aos interesados nos procedementos administrativos polo artigo 24.1 da Lei 40/2015, segundo o cal nos casos previstos no artigo 23 poderá promoverse recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento. Así mesmo, é igualmente esencial para poder solicitar que se lles esixa responsabilidade disciplinaria a esas persoas de acordo co previsto polos artigos 21.6, 73.2 e 76.2 da Lei 39/2015, no caso de que incumpran o seu deber de adoptar as medidas oportunas para remover os obstáculos que impidan, dificulten ou atrasen o exercicio pleno dos dereitos dos interesados ou o respecto aos seus intereses lexítimos, e dispoñer o necesario para evitar e eliminar toda anormalidade na tramitación de procedementos.

3.3. Dereito a non presentar documentos orixinais salvo que, de maneira excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario

Este dereito aparece reiterado, desde o punto de vista da Administración, no artigo 28.3 da propia Lei 39/2015, que dispón que as administracións públicas non lles esixirán aos interesados a presentación de documentos orixinais, salvo que, con carácter excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario. No caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento orixinal, terán dereito a obter unha copia autenticada deste, como tamén reitera o artigo 28.4 da lei. En realidade, as administracións públicas están obrigadas con carácter xeral, de acordo co artigo 27.4, a expedir copias auténticas electrónicas de calquera documento en papel que presenten os interesados e que se vaia a incorporar a un expediente administrativo.

Por último, sinala o artigo 28.5 que, 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 achegadas polo interesado, para o que poderán requirir a exhibición do documento ou da información orixinal. Estas copias achegadas polos interesados ao procedemento administrativo terán eficacia exclusivamente no ámbito da actividade das administracións públicas.

3.4. Dereito a non presentar datos e documentos non esixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate, que xa se atopen en poder das administracións públicas ou que fosen elaborados por estas

Conforme ao artigo 28.1 da Lei 39/2015, 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.

Pola contra, segundo o artigo 28, que reitera o establecido na letra d) do artigo 53, os interesados non estarán obrigados a achegar documentos que fosen 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 expresase o seu consentimento a que sexan consultados ou

solicitados os devanditos 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 a contar desde a súa solicitude. Cando se cumpra este prazo, informarase o interesado de que pode achegar este informe ou esperar á súa remisión polo órgano competente.

Así mesmo, as administracións públicas non lles requirirán aos interesados datos ou documentos non esixidos pola normativa reguladora aplicable ou que fosen achegados 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. As administracións públicas deberán solicitalos 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 deberán, en ambos os casos, ser informados previamente dos seus dereitos en materia de protección de datos de carácter persoal.

Excepcionalmente, se as administracións públicas non puidesen solicitar os citados documentos, poderán solicitarlle novamente ao interesado a súa achega.

3.5. Dereito a formular alegacións, utilizar os medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico, e a achegar 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

Establece o artigo 76.1 da Lei 39/2015 que os interesados poderán, en calquera momento do procedemento anterior ao trámite de audiencia, aducir alegacións e achegar

documentos ou outros elementos de xuízo. Uns e outros serán tidos en conta polo órgano competente ao redactar a correspondente proposta de resolución. En canto á utilización dos medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico, hai que poñelo en relación coa regulación da proba no procedemento administrativo, recollida nos artigos 77 e 78 da Lei 39/2015. O primeiro destes preceptos dispón no seu apartado terceiro que o instrutor do procedemento só poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada.

3.6. Dereito a obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes lles impoñan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar

Este dereito, en realidade, non debería figurar na lista do artigo 53, senón na do artigo 13, xa que o seu exercicio é previo á iniciación do procedemento administrativo e, mesmo, pode non estar vinculado á intención de presentar unha solicitude que dea inicio a un procedemento, senón á de presentar unha comunicación previa ou declaración responsable.

O emprego acumulativo dos termos “información e orientación” así como a referencia a que unha e outra lles poidan afectar aos “requisitos xurídicos ou técnicos” dos proxectos ou solicitudes, permite falar dun auténtico dereito a recibir asesoramento na confección dos mencionados documentos por parte dos servizos directamente competentes na materia no ámbito da respectiva administración. Concibido nestes termos, haberá de coincidirse que o tipo de asesoramento ao que a lei parece referirse é algo bastante distinto e moito máis intenso e esixente que a información subministrada mediante repetición mecánica tras un mostrador e por unha persoa carente da competencia técnica necesaria, dunhas fórmulas estereotipadas ou que constitúen reprodución literal das disposicións legais aplicables ao caso. E, aínda que este tipo de información sexa digna de agradecer resulta, claramente insuficiente. Cuestión diversa é a relativa á viabilidade de preceptos como o que estamos a comentar, que apuntan máis a un modelo de administración que coopera activamente co cidadán no cumprimento por este das súas obrigas legais.

3.7. Dereito a actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses

Este dereito atopábase recoñecido no artigo 85.2 da Lei 30/1992, que dispoñía que “os interesados poderán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses”, aínda que non aparecía recollido na lista do artigo 35. En cambio, a Lei 39/2015 segue o criterio contrario, e non o recolle xa entre as normas que regulan a participación dos interesados no procedemento administrativo, senón na enunciación dos dereitos destes.

3.8. Dereito a cumprir as obrigas de pagamento a través dos medios electrónicos previstos no artigo 98.2

Este dereito é unha novidade da Lei 39/2015. De acordo co artigo 98.2 ao que se remite a letra h) do artigo 53, cando dunha resolución administrativa, ou de calquera outra forma de finalización do procedemento administrativo prevista na lei, naza unha obriga de pagamento derivada dunha sanción pecuniaria, multa ou calquera outro dereito que deba aboarse á facenda pública, este efectuarase preferentemente, salvo que se xustifique a imposibilidade de facelo, utilizando algún dos medios electrónicos seguintes:

- a) Cartón de crédito e débito.
- b) Transferencia bancaria.
- c) Domiciliación bancaria.
- d) Calquera outros que se autoricen polo órgano competente en materia de facenda pública.

O que achega o artigo 53.h) é que, para o administrado, a utilización destes medios de pagamento electrónicos é un dereito esixible directamente ante todas as administracións e organismos públicos e entidades aos que resulta de aplicación a Lei 39/2015.

BIBLIOGRAFÍA

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.^a edición, e II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

MESEGUER YEBRA, J.: *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información*, Edit. Boch, 2013.

MORETÓN TOQUERO, A.: "Los límites del Derecho de acceso a la información pública", *Revista jurídica de Castilla-León*, núm. 33, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, I, 25.^a edición, e II, 22.^a edición, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I e II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 7

**O ACCESO ELECTRÓNICO DOS CIDADÁNS AOS
SERVIZOS PÚBLICOS. NORMATIVA DE
APLICACIÓN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE
GALICIA. SEDE ELECTRÓNICA.
IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN.
REXISTROS, COMUNICACIÓNS E
NOTIFICACIÓNS ELECTRÓNICAS. A XESTIÓN
ELECTRÓNICA DOS PROCEDEMENTOS**

TEMA 7. O ACCESO ELECTRÓNICO DOS CIDADÁNS AOS SERVIZOS PÚBLICOS. NORMATIVA DE APLICACIÓN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN. REXISTROS, COMUNICACIÓNS E NOTIFICACIÓNS ELECTRÓNICAS. A XESTIÓN ELECTRÓNICA DOS PROCEDEMENTOS

1. NORMATIVA DE APLICACIÓN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

1.1. Antecedentes e réxime vixente

A incorporación das tecnoloxías da información e comunicación (Tic) ás administracións públicas non é algo novo. A vella Lei de procedemento administrativo de 1958 contemplaba a utilización da mecanización en certas actuacións administrativas. Pero sería a Lei 30/1992 de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común a que, na súa primeira versión, acolleu no seu artigo 45 o impulso do emprego e aplicación das técnicas e medios electrónicos, informáticos e telemáticos. Con todo, o desenvolvemento normativo máis ambicioso da chamada Administración electrónica chegou coa aprobación da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (LAESP) que, na súa maior parte tiña carácter de norma básica (cfr. a súa disposición final primeira).

Posteriormente, esta base normativa estatal sobre a Administración electrónica foi complementada regulamentariamente por tres reais decretos: o Real decreto 1671/2009 polo que se desenvolven parcialmente algúns dos contidos da LAESP como a transmisión de datos, sedes electrónicas e puntos de acceso xeral, identificación e autenticación, rexistros electrónicos, comunicacións e notificacións, así como os documentos electrónicos e copias; o Real decreto 3/2010 polo que se regula o “esquema nacional de seguridade”; e o Real decreto 4/2010 polo que se regula o “esquema nacional de interoperabilidade”.

Finalmente, a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, derogou a LAESP e parcialmente o Real decreto 1671/2009, e procedeu xunto coa Lei 40/2015, tamén do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, a integrar o réxime xurídico da Administración electrónica coa regulación estatal das bases do réxime xurídico das administracións públicas e do

procedemento administrativo común. Con todo, as previsións da lexislación derogada relativas ao rexistro electrónico de apoderamentos, rexistro electrónico, rexistro de empregados públicos habilitados, punto de acceso xeral electrónico da Administración e arquivo único electrónico manteñen a súa vixencia durante un período de dous anos desde a entrada en vigor da Lei 39/2015 (é dicir, ata o 1 de outubro de 2018, dado que a dita entrada en vigor prodúcese o 2 de outubro de 2016).

Polo que se refire á Comunidade Autónoma de Galicia, aínda que o proceso de modernización e informatización administrativa se comezou a implantar case desde os seus inicios, a súa plasmación normativa foi máis ben escasa. O Decreto 21/1999 regulou por primeira vez a utilización da rede internet pola comunidade autónoma; daquela o Decreto 164/2005 abordou a regulación do rexistro telemático da Xunta de Galicia e as súas relacións con outros rexistros. Máis adiante, a Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega, recollía entre os seus fins o de “impulsar o emprego das técnicas informáticas e telemáticas para o desenvolvemento da súa actividade e o exercicio das súas competencias” (artigo 2.i) e dedicou o seu artigo 8 a establecer algúns elementos normativos sobre a utilización dos devanditos medios electrónicos, informáticos e telemáticos. Con todo, este último texto legal quedou integramente derogado pola nova Lei 1/2016, do 18 de xaneiro, de transparencia e bo goberno.

Na actualidade, a base normativa máis completa de cantas regulan a Administración electrónica galega contense 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 (en diante, DAEXG). Tras declarar –no seu preámbulo– que un dos eixes fundamentais da modernización e innovación tecnolóxica nas administracións públicas de Galicia se atopa na mellora da calidade dos servizos públicos mediante o desenvolvemento da Administración electrónica, sobre a base da normativa estatal vixente cando se ditou, desenvólvese ao longo de nove capítulos os diferentes aspectos deste réxime xurídico: a sede e os rexistros electrónicos, a edición electrónica do *Diario Oficial de Galicia*, os procedementos e mecanismos para a identificación e autenticación, a tramitación electrónicas dos procedementos administrativos, as modalidades de comunicación e

notificación electrónicas, o réxime do documento electrónico e o seu arquivo e o das súas copias e certificados electrónicos, o expediente electrónico, os sistemas de interoperabilidade e de seguridade etc.

O órgano de dirección da Xunta de Galicia con competencias xerais en materia de desenvolvemento da administración electrónica ten recoñecidas no artigo 40 do DAEXG unha serie de funcións para ordenación, planificación e xestión dos servizos e instrumentos correspondentes, así como a elaboración de protocolos, estándares, guías de estilo, normas e especificacións técnicas aplicables aos devanditos servizos.

1.2. Principios da regulación da Administración electrónica

Coa regulación da Administración electrónica, o ordenamento xurídico propónse recoñecer o dereito dos cidadáns para relacionarse electronicamente coas administracións públicas (artigos 13.a) e 14.1 da Lei 39/2015) e establecer os aspectos básicos da utilización das tecnoloxías da información na actividade administrativa, nas relacións entre as administracións públicas, así como nas relacións dos cidadáns con estas, e todo isto asegurando a interoperabilidade e seguridade dos sistemas e solucións adoptadas por cada unha delas, garantir a protección dos datos de carácter persoal e facilitar preferentemente a prestación conxunta de servizos aos interesados (artigo 3.2 da Lei 40/2015).

Os **finos que persegue a regulación da Administración electrónica** aparecen enunciados no artigo 2 do DAEXG, que os divide en tres grupos:

A) De carácter xeral:

- a) Ordenar e impulsar a Administración electrónica, para mellorar a eficiencia interna, as relacións intra e inter administrativas e as relacións cos cidadáns.
- b) Garantir o dereito dos cidadáns para relacionarse por medios electrónicos coa Administración pública autonómica.
- c) Contribuír ao desenvolvemento da sociedade da información no ámbito das administracións públicas de Galicia.

- d) Preservar a integridade dos dereitos fundamentais relacionados coa intimidade das persoas, para a garantía da seguridade dos datos e das comunicacións e para a protección dos servizos prestados en soporte electrónico.
- e) Facilitar o acceso dos cidadáns aos servizos da Administración electrónica nas oficinas telemáticas integradas de atención aos cidadáns, baseadas na cooperación interadministrativa, e ofrecerlles servizos aos cidadáns en oficinas públicas, con independencia de cal sexa a Administración competente para coñecer o asunto.
- f) Posibilitar a intermediación entre administracións públicas para a resolución de trámites administrativos solicitados aos cidadáns cando sexan de competencia da Xunta de Galicia.

B) En relación cos cidadáns:

- a) Facilitar o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento dos seus deberes, e empregar para iso soportes electrónicos e sen que supoña en ningún caso mingua das súas garantías xurídicas.
- b) Facilitar o acceso por medios electrónicos dos cidadáns á información e ao procedemento administrativo, con especial atención á eliminación das barreiras que limiten este acceso.
- c) Promover a proximidade co cidadán e a transparencia administrativa, así como a mellora continuada na consecución do interese xeral.
- d) Posibilitar a utilización dos procedementos electrónicos dispoñibles dunha forma personalizada e directa.
- e) Incrementar a participación cidadá na actividade administrativa.
- f) Garantir unha estabilidade da información electrónica, entendida como valor de seguridade informativa e xurídica.

C) En relación coa Xunta de Galicia e cos seus organismos públicos:

- a) Contribuír á mellora do funcionamento interno da Xunta de Galicia e os seus

organismos públicos, e incrementar a eficacia e a eficiencia destas mediante o uso das tecnoloxías da información.

b) Fomentar os principios de proximidade ao cidadán e de transparencia na actividade administrativa.

c) Aumentar a eficiencia no exercicio das súas competencias e funcións co emprego dos sistemas electrónicos máis avanzados en cada momento.

d) Simplificar os procedementos administrativos e proporcionar oportunidades de participación e maior transparencia.

e) Mellorar as condicións de satisfacción do interese público, e simplificar os procedementos administrativos.

f) Fomentar o emprego das novidades técnicas, informáticas, electrónicas e telemáticas nas súas relacións con outras administracións públicas no marco da cooperación e colaboración interadministrativas.

g) Contribuír na integridade, veracidade e actualización das informacións, servizos e transaccións ás que poden acceder.

O artigo 6 do DAEXG establece unha serie de previsións **xerais que deben orientar a implantación da Administración electrónica** e que son as seguintes:

a) Accesibilidade: adoptaranse todas as medidas técnicas necesarias a fin de satisfacer o previsto na normativa sobre accesibilidade.

b) Austeridade: adoptaranse todas as medidas de austeridade e disciplina do gasto e garantíranse os criterios de eficiencia e transparencia establecidos.

c) Uso da lingua galega: adoptaranse todas as medidas técnicas necesarias a fin de satisfacer o previsto na normativa sobre o uso da lingua galega.

d) Promoción e difusión do uso da Administración electrónica: adoptaranse todas as medidas de promoción, difusión e acceso á Administración electrónica a través da rede de oficinas de atención ao cidadán da Xunta de Galicia, ou doutras unidades

orientadas á atención aos cidadáns.

e) Exercicio da competencia mediante a actuación administrativa automatizada: tanto os órganos e unidades da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, como as entidades do sector público autonómico e os órganos con dotación diferenciada nos orzamentos da comunidade autónoma de Galicia que, carecendo de personalidade xurídica, non estean formalmente integrados na administración da comunidade autónoma, impulsarán a automatización dos procesos que polas súas características e por razóns de eficiencia o xustifiquen, sen que se produza ningunha redución de garantías dos administrados e, se procede, determinarán o órgano responsable para os efectos de impugnación.

Por último, o artigo 7 do DAEXG ocúpase das **políticas de converxencia cara á igualdade efectiva**. Isto supón que na aplicación da Administración electrónica teranse que adoptar todas as medidas necesarias cara á efectiva aplicación do principio de igualdade entre mulleres e homes. Así mesmo, garantirase que tanto os cidadáns con algún tipo de discapacidade como as persoas maiores que se relacionan coas administracións públicas poidan acceder aos servizos electrónicos en igualdade de condicións, con independencia das súas circunstancias persoais, os seus medios ou coñecementos.

2. A SEDE ELECTRÓNICA

Segundo o artigo 38 da Lei 40/2015, enténdese por sede electrónica aquel enderezo electrónico, dispoñible para os cidadáns a través de redes de telecomunicacións, cuxa titularidade lle corresponde a unha administración pública, ou ben a un ou varios organismos públicos ou entidades de Dereito público no exercicio das súas competencias. O establecemento dunha sede electrónica leva a responsabilidade do titular respecto da integridade, veracidade e a actualización da información e os servizos aos que poida accederse a través desta.

Cada Administración pública determinará as condicións e instrumentos de creación das sedes electrónicas, con suxeición aos principios de transparencia, publicidade, responsabilidade, calidade, seguridade, dispoñibilidade, accesibilidade, neutralidade e

interoperabilidade. En todo caso, deberá garantirse a identificación do órgano titular da sede, así como os medios dispoñibles para a formulación de suxestións e queixas. Así mesmo, as sedes electrónicas dispoñerán de sistemas que permitan o establecemento de comunicacións seguras sempre que sexan necesarias. As sedes electrónicas utilizarán, para identificarse e garantir unha comunicación segura con estas, certificados recoñecidos ou cualificados de autenticación de sitio web ou medio equivalente.

A publicación nas sedes electrónicas de informacións, servizos e transaccións respectará os principios de accesibilidade e uso de acordo coas normas establecidas respecto diso, estándares abertos e, se é o caso, aqueloutros que sexan de uso xeneralizado polos cidadáns.

A sede electrónica debe diferenciarse o portal da internet, que se define no artigo 39 da Lei 40/2015 como o punto de acceso electrónico cuxa titularidade lle corresponda a unha administración pública, organismo público ou entidade de Dereito público que permite o acceso a través de internet á información publicada e, se é o caso, á sede electrónica correspondente.

A sede electrónica da Xunta de Galicia está regulada nos artigos 8 e 9 do DAEXG. Segundo este último precepto, a través desta accederase entre outros, aos seguintes contidos:

- a) Á identificación do enderezo electrónico de referencia da sede, do seu titular e do seu ámbito de aplicación, así como dos servizos postos á disposición dos cidadáns nesta.
- b) Á posibilidade de acceso en galego e en castelán aos seus contidos e servizos, incluída a tramitación íntegra dos procedementos.
- c) Á información relativa á estrutura orgánica da Xunta de Galicia, así como á información autonómica de carácter xeral que se considere oportuna.
- d) Á información necesaria para a correcta utilización da sede, e incluír a relación de sistemas de sinatura electrónica avanzada que sexan admitidos ou utilizados na sede.

- e) Ao sistema de verificación dos certificados da sede, que estará accesible de forma directa e sen custo.
- f) Á guía de procedementos e servizos, que conterá unha relación dos procedementos e servizos á disposición dos cidadáns e dos empregados públicos, con indicación dos prazos de resolución, sentido do silencio, cales non poden ser tramitados electronicamente en todo ou só en parte, así como a normativa aplicable. Ademais, incorporaranse os formularios normalizados que sexan de aplicación en cada un deles.
- g) Ao apartado de queixas e suxestións desde a cal os cidadáns poderán interpoñer as que estimen oportunas.
- h) Ao cartafol do cidadán no que se poderá consultar a información sobre o estado de tramitación do procedemento, que comprenderá a relación dos actos de trámite realizados, indicación do seu contido, así como a data na que foron ditados.
- i) Ao *Diario Oficial de Galicia*.
- j) Á verificación dos selos electrónicos dos órganos ou organismos públicos que abarquen a sede.
- k) Á comprobación da autenticidade e integridade dos documentos emitidos polos órganos ou organismos públicos que abarca a sede e que fosen asinados mediante un código seguro de verificación.
- l) Á indicación da data e a hora oficiais.
- m) Á información incluída no taboleiro de anuncios electrónicos da Xunta de Galicia.
- n) Aos expedientes sometidos a información pública.
- o) Á ligazón á Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

A sede electrónica dálle acceso tanto ao rexistro electrónico único da Xunta de Galicia, regulado no artigo 11 do DAEXG, como ao taboleiro de anuncios electrónico da Xunta de Galicia, regulado no artigo 12 do devandito texto normativo.

Mediante a Orde do 15 de setembro de 2011 aprobouse a posta en funcionamento da sede electrónica da Xunta de Galicia. Na dita norma fíxase como ámbito de aplicación desta a totalidade dos órganos da Administración xeral da Xunta de Galicia e as entidades instrumentais do sector público autonómico, e establécese como data de comezo da sede electrónica da Xunta de Galicia o da publicación da orde no *Diario Oficial de Galicia* (23 de setembro de 2011)

3. IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN

Unha cuestión principal nas comunicacións electrónicas entre os cidadáns e as administracións públicas son as formas de identificación e autenticación. A Lei 39/2015 ocúpase de regular a identificación e a sinatura electrónica dos particulares, mentres que a Lei 40/2015 fai o propio coas das administracións públicas.

3.1. Identificación e sinatura electrónica dos particulares

O artigo 9.2 da Lei 39/2015 permítelles aos interesados 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 letra c) levará a admisión de todos os previstos nas letras a) e b) anteriores para ese trámite ou procedemento.

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.

En canto aos sistemas de sinatura electrónica, o artigo 10.2 da Lei 39/2015 considera válidos os seguintes:

- 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. Así mesmo, cando así o dispoña expresamente a normativa reguladora aplicable, as administracións públicas poderán admitir os sistemas de identificación contemplados nesta lei como sistema de sinatura cando permitan acreditar a autenticidade da expresión da vontade e consentimento dos interesados. Reciprocamente, cando os interesados utilicen un sistema de sinatura dos previstos no artigo 10 da Lei 39/2015, a súa identidade entenderase xa acreditada mediante o propio acto da sinatura.

Por último, o artigo 12.2 da Lei 39/2015 prevé que as administracións públicas asistirán no uso de medios electrónicos os interesados non obrigados a relacionarse electronicamente coas administracións públicas 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 iso. 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 que deberá quedar constancia para os casos de discrepancia ou litixio.

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 administracións públicas, para os efectos de comprobar a validez das citadas habilitacións. Neste rexistro ou sistema equivalente, polo menos, constarán os funcionarios que presten servizos nas oficinas de asistencia en materia de rexistros.

3.2. Identificación e autenticación das administracións e os empregados públicos

En canto ás administracións públicas, o artigo 40 da Lei 40/2015 prevé que poderán identificarse mediante o uso dun selo electrónico baseado nun certificado electrónico recoñecido ou cualificado que reúna os requisitos esixidos pola lexislación de sinatura electrónica (Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica). Estes certificados electrónicos incluírán o número de identificación fiscal e a denominación correspondente, así como, se é o caso, a identidade da persoa titular no caso dos selos electrónicos de órganos administrativos. A relación de selos electrónicos utilizados por cada administración pública, incluíndo as características dos certificados electrónicos e os prestadores que os expiden, deberá ser pública e accesible por medios electrónicos. Ademais, cada administración pública adoptará as medidas adecuadas para facilitar a verificación dos

seus selos electrónicos.

Polo que se refire aos sistemas de sinatura electrónica utilizables polas administracións públicas, hai que distinguir os previstos para a actuación administrativa automatizada, que é aquela na que non interveu de forma directa un empregado público (artigo 41.1 da Lei 40/2015), dos previstos para o persoal ao servizo das administracións públicas.

De acordo co artigo 42 da Lei 40/2015, no exercicio da competencia na actuación administrativa automatizada, cada administración pública poderá determinar os supostos de utilización dos seguintes sistemas de sinatura electrónica:

- a) Selo electrónico de administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público, baseado en certificado electrónico recoñecido ou cualificado que reúna os requisitos esixidos pola lexislación de sinatura electrónica.
- b) Código seguro de verificación vinculado á administración pública, órgano, organismo público ou entidade de Dereito público, nos termos e condicións establecidos, e permitirase en todo caso a comprobación da integridade do documento mediante o acceso á sede electrónica correspondente.

Pola súa banda, o artigo 42 da Lei 40/2015 sinala que, fóra dos supostos anteriores, a actuación dunha administración pública, órgano, organismo público ou entidade de dereito público, cando utilice medios electrónicos, realizarase mediante sinatura electrónica do titular do órgano ou empregado público. Cada administración pública determinará os sistemas de sinatura electrónica que debe utilizar o seu persoal, os cales poderán identificar de forma conxunta ao titular do posto de traballo ou cargo e á administración ou órgano na que presta os seus servizos. Por razóns de seguridade pública os sistemas de sinatura electrónica poderán referirse só ao número de identificación profesional do empregado público.

Finalmente, o artigo 44 da Lei 40/2015 dálle a mesma validez que aos sistemas antes mencionados, para os efectos de autenticación e identificación, ao intercambio electrónico de datos entre administracións públicas en contornos pechados de

comunicación.

3.3. Sistemas de sinatura electrónica admitidos pola normativa galega

Na normativa galega distínguense –e admítense– **catro sistemas de sinatura electrónica:**

- Os sistemas de sinatura electrónica incorporados ao documento nacional de identidade para as persoas físicas ou, tamén chamado DNI electrónico (cfr. artigo 14, 2, a) DAEXG).
- Os sistemas de sinatura electrónica avanzada, baseados en certificados electrónicos recoñecidos, admitidos polas administracións públicas que teñan validez en Galicia e que se especifiquen na sede electrónica (cfr. artigo 14, 2, b) e 16 do DAEXG).
- Os sistemas de sinatura electrónica, como a utilización de claves concertadas nun rexistro previo como persoa usuaria inscrita no rexistro de funcionarios habilitados pola Xunta de Galicia (cfr. artigo 14,2, c) DAEXG).
- Outros sistemas de identificación que resulten proporcionais e seguros para a identificación das persoas interesadas (artigo 14, 2, d) DAEXG).

Pola súa banda, as sedes electrónicas da Xunta de Galicia e das entidades dependentes dela, identificaranse electronicamente –como establece o artigo 17, 1 DAEXG– “coa aplicación conxunta dos sistemas de sinatura electrónica baseados en certificados de dispositivo seguro ou medio equivalente”, por exemplo, o “certificado de sede” (cfr. artigo 17, 3 DAEXG). E en canto á identificación dos empregados públicos, a Xunta de Galicia e as entidades dependentes, proveranos de sistemas de sinatura conforme á normativa estatal (Lei 59/2003), sempre que proporcionen as garantías suficientes sobre a súa validez e orixe (cfr. artigo 18, 1 e 2 DAEXG). Neste último caso, as entidades públicas terán un rexistro actualizado dos funcionarios habilitados para a identificación ou autenticación dos cidadáns (cfr. artigo 19 DAEXG).

En desenvolvemento do decreto ditáronse dúas disposicións, en primeiro lugar, a

Orde do 6 de febreiro de 2014, pola que se aproba o protocolo de identificación e sinatura electrónica da Administración xeral e do sector público autonómico, e a Resolución do 22 de febreiro de 2014, pola que se aproba a política de sinatura electrónica e de certificados da Administración xeral e do sector público autonómico, que procede do ente con competencias en materia de sinatura electrónica (a Axencia para a Modernización Tecnolóxica de Galicia-AMTEGA, creada por Decreto 252/2011, do 15 de decembro, á que se lle atribúe a definición, desenvolvemento e execución dos instrumentos da política da Xunta de Galicia relativa á tecnoloxía da información e comunicacións, así como o desenvolvemento tecnolóxico).

4. REXISTROS, COMUNICACIÓNS E NOTIFICACIÓNS ELECTRÓNICAS.

4.1. Rexistros electrónicos

O rexistro electrónico da Xunta de Galicia está regulado no artigo 11 do DAEXG, que segue sendo integramente de aplicación mentres non entren en vigor as disposicións sobre rexistros da Lei 39/2015 (2 de outubro de 2018). Segundo o precepto mencionado, a Xunta de Galicia dispoñerá dun rexistro electrónico único, de acceso libre e gratuíto na sede electrónica, o cal permitirá a recepción e remisión de solicitudes, escritos e comunicacións durante as vinte e catro horas de todos os días do ano. Este sistema do rexistro electrónico garantirá a interconexión e integración co rexistro xeral, así como o cumprimento dos requisitos e garantías de integridade, seguridade, normalización e conservación.

O rexistro electrónico rexeráse para todos os efectos pola data e a hora oficiais da sede electrónica e o seu funcionamento soamente se poderá interromper por motivos xustificadas de carácter técnico, operativo ou relativos ao seu mantemento, e polo tempo mínimo posible. Esta interrupción teráselles que anunciar ás persoas interesadas coa máxima antelación posible. No suposto de interrupción non planificada no funcionamento do rexistro electrónico e, sempre que sexa tecnicamente posible, a persoa usuaria que acceda a este deberá visualizar unha mensaxe na que se comunique esta circunstancia, o que deberá servir de constancia documental para a presentación da solicitude, escrito ou comunicación.

A principal novidade que introduce a Lei 39/2015 fronte á regulación anterior é que os rexistros presenciais se converten en simples “oficinas de asistencia en materia de rexistros”, de maneira que os únicos rexistros administrativos que existirán cando estas previsións entren en vigor serán os electrónicos. Así, segundo o artigo 16.5 da Lei 39/2015, os documentos presentados de maneira presencial ante as administracións públicas deberán ser dixitalizados pola oficina de asistencia en materia de rexistros na que fosen presentados para a súa incorporación ao expediente administrativo electrónico. Os orixinais devolveránselle 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.

De acordo co artigo 16.1 da Lei 39/2015, cada Administración dispoñerá dun rexistro electrónico xeral, no que se fará o correspondente asento de todo documento que sexa presentado ou que se reciba en calquera órgano administrativo, organismo público ou entidade vinculada ou dependente destes. Tamén se poderá anotar neste a saída dos documentos oficiais dirixidos a outros órganos ou particulares. Os organismos públicos vinculados ou dependentes de cada administración poderán dispoñer do seu propio rexistro electrónico plenamente interoperable e interconectado co rexistro electrónico xeral da administración da que depende; o rexistro electrónico xeral de cada administración funcionará como un portal que facilitará o acceso aos rexistros electrónicos de cada organismo. Ademais, 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.

Tanto o rexistro electrónico xeral de cada administración como os rexistros electrónicos de cada organismo cumprirán coas garantías e medidas de seguridade 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 neste.

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 fosen recibidas. O rexistro electrónico de cada administración ou organismo garantirá 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 ao que se envía e, se é o caso, a referencia ao contido do documento que se rexistra. Para iso, emitirase 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 é o caso, o acompañen, que garanta a integridade e o non repudio destes.

4.2. Comunicacions electrónicas

En canto ás comunicacións electrónicas, o artigo 14 da Lei 39/2015 recoñece ás persoas físicas o dereito para 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, aínda que o artigo 24.8 DAEXG matiza que o órgano ou organismo actuante poderá limitar sucesivos cambios no medio elixido na tramitación dun mesmo procedemento, no caso de que se aprecie un uso abusivo do dereito.

Imponse directamente *ex lege* a obriga de relacionarse a través de medios electrónicos aos seguintes suxeitos:

- a) As persoas xurídicas.
- b) As entidades sen personalidade xurídica.
- c) Quen exerza unha actividade profesional para a que se requira colexiación obrigatoria, para os trámites e actuacións que realicen coas administracións públicas en exercicio da devandita actividade profesional. En todo caso, dentro deste colectivo entenderanse incluídos os notarios e rexistradores da propiedade e mercantís.
- d) Quen represente 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, na forma en que se determine regulamentariamente por cada administración.

Ademais, 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 que por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.

O artigo 24 do DAEXG engade que as comunicacións electrónicas serán válidas sempre que exista constancia da transmisión e da recepción, das súas datas e do contido íntegro das comunicacións, e que se identifiquen fidedignamente a persoa remitente e o cidadán destinatario delas. Para estes efectos, a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, as entidades do sector público autonómico e os demais órganos aos que resulta de aplicación o DAEXG publicarán na sede electrónica os medios electrónicos que os cidadáns poderán empregar nas súas comunicacións con eles. Os requirimentos de seguridade e integridade das comunicacións estableceranse en cada caso de forma apropiada ao carácter dos datos obxecto daquelas, de acordo con criterios de proporcionalidade, conforme ao disposto na lexislación vixente en materia de protección de datos de carácter persoal.

Finalmente, o artigo 3.2 da Lei 40/2015 prevé que as administracións públicas se relacionarán entre si e cos seus órganos, organismos públicos e entidades vinculados ou dependentes a través de medios electrónicos, que aseguren a interoperabilidade e seguridade dos sistemas e solucións adoptadas por cada unha delas, garantirán a protección dos datos de carácter persoal, e facilitarán preferentemente a prestación conxunta de servizos aos interesados.

4.3. Notificacións electrónicas

O artigo 41.1 da Lei 39/2015 establece que as notificacións se practicarán preferentemente por medios electrónicos e, en todo caso, cando o interesado resulte obrigado a recibilas por esta vía. A notificación será electrónica nos casos nos que exista obriga de relacionarse desta forma coa Administración; ademais, regulamentariamente, as administracións poderán establecer a obriga de practicar electronicamente as notificacións para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas que por razón da súa capacidade económica, técnica, dedicación profesional ou outros motivos quede acreditado que teñen acceso e dispoñibilidade dos medios electrónicos necesarios.

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.

Pola contra, en ningún caso se efectuarán por medios electrónicos as seguintes notificacións:

- a) Aquelas nas que o acto para notificar 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.

Os interesados que non estean obrigados a recibir notificacións electrónicas, poderán decidir e comunicarlle 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 practicarse por medios electrónicos.

Adicionalmente, o interesado poderá identificar un dispositivo electrónico e/ou un enderezo de correo electrónico que servirán para o envío dos avisos de posta a disposición de notificacións electrónicas, pero non para a práctica de notificacións. Neste sentido, o artigo 25.4 do DAEXG prevé que, a fin de facilitar a notificación, poderáselles proporcionar á Administración e ás entidades do sector público outros enderezos electrónicos asociados a un medio electrónico de comunicación habilitado pola Xunta de Galicia aos que estas poidan enviar avisos auxiliares de que se realizou ou, se é o caso, intentou realizar a notificación electrónica, ou de que esta se atope pendente.

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.

De acordo co artigo 43 da Lei 39/2105, as notificacións por medios electrónicos practicaranse mediante comparecencia na sede electrónica da administración ou organismo actuante, a través do enderezo electrónico habilitado único ou mediante ambos os sistemas, segundo dispoña cada administración ou organismo. Enténdese por comparecencia na sede electrónica, o acceso polo interesado ou o seu representante debidamente identificado ao contido da notificación.

Cando o medio electrónico sinalado para os efectos de notificación sexa o enderezo electrónico habilitado, o artigo 25.5 do DAESG prevé que se revogará nos seguintes supostos:

- a) Por solicitude do seu titular, que terá o deber de indicar outro medio electrónico, ou ben outro medio de notificación diferente do inicialmente elixido.
- b) Por defunción da persoa física ou extinción da persoa xurídica titular do medio electrónico.
- c) Por resolución administrativa ou xudicial.
- d) Por inhabilitación debida á ausencia total de uso para presentar notificacións no transcurso de tres anos, logo da comunicación á persoa interesada.

As notificacións por medios electrónicos entenderanse practicadas no momento en que se produza o acceso ao seu contido pero, 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.

Entenderase cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da administración ou organismo actuante ou no enderezo electrónico habilitado único.

Os interesados poderán acceder ás notificacións desde o Punto de Acceso Xeral Electrónico da Administración, que funcionará como un portal de acceso.

5. A XESTIÓN ELECTRÓNICA DOS PROCEDEMENTOS

A regulación do procedemento administrativo que leva a cabo a Lei 39/2015 xeneraliza a xestión electrónica dos procedementos administrativos, pois o seu artigo 70.2 sinala que os expedientes administrativos terán formato electrónico e se formarán 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. Estas previsións serán plenamente operativas cando entren en vigor as disposicións da Lei 39/2015 sobre rexistros, que eliminan os rexistros administrativos presenciais e só manteñen os de

carácter electrónico.

Pola súa banda, a normativa galega vixente nesta materia dispón en primeiro lugar a elaboración dunha guía de procedementos e servizos que –permanentemente actualizada– se poña á disposición dos cidadáns e empregados públicos (cfr. artigo 20 DAEXG).

A habilitación de procedementos administrativos por medios electrónicos debe cumprir certos requisitos, como o respecto de exercicio e titularidade do órgano entidade que teña atribuídas as súas competencias, así como o cumprimento dos correspondentes requirimentos formais e materiais (cfr. artigo 21, 1 DAEXG); coa realización dunha análise previa de redeseño funcional e simplificación dos procedementos (cfr. artigo 21, 3 DAEXG); a súa publicación na sede electrónica da Xunta de Galicia (cfr. artigo 21, 5 DAEXG).

Sobre as fases do procedemento administrativo electrónico, o DAEXG establece algunhas determinacións xurídicas: os suxeitos –públicos e privados– que poden iniciar ou activar o procedemento, a dispoñibilidade de modelos ou sistemas electrónicos de solicitudes na sede electrónica, a forma de achegar ao expediente copias dixitalizadas dos documentos, a identidade dos órganos que resolven o procedemento, as notificacións das resolucións etc. (cfr. artigo 22 DAEXG).

En desenvolvemento da citada regulación dítase a **Orde do 12 de xaneiro de 2012 pola que se regula a habilitación de procedementos administrativos e servizos na Administración xeral e no sector público autonómico de Galicia**.

Coa devandita orde preténdese desenvolver o mecanismo de habilitación dos procedementos administrativos e servizos á disposición dos cidadáns, establecidos por disposicións de carácter xeral, baixo os principios de simplificación e redución de cargas administrativas. Declárase que este mecanismo será en particular aplicable ás bases reguladoras e convocatorias de subvencións.

Os procedementos que sexan obxecto de habilitación integraranse na guía de procedementos e servizos dispoñible na sede electrónica da Xunta de Galicia. Esta guía

incorporará os formularios normalizados que resulten necesarios para a tramitación dos procedementos.

A xestión dos procedementos e o acceso aos servizos recollidos na guía realizarase a través da sede electrónica da Xunta de Galicia ou, se é o caso, das sedes electrónicas que se poidan crear nun futuro.

A xestión electrónica dos procedementos e servizos respectará a titularidade e o exercicio da competencia do órgano ou da entidade que a teña atribuída, así como o cumprimento dos requisitos formais e materiais establecidos nas normas que regulen a respectiva actividade. As solicitudes de iniciación de procedementos e servizos deberán axustarse, con carácter xeral, aos formularios normalizados dispoñibles na guía.

A norma contén disposicións relativas á racionalización administrativa. Para iso parte da premisa de que para a xestión e resolución dos expedientes só poderán esixirse os documentos ou datos que sexan estritamente necesarios para conformar a vontade da Administración e resolver cada procedemento, sempre que a Administración non o poida obter polos seus medios.

En concreto non se lles poderá solicitar aos interesados:

- Fotocopia do DNI ou documento equivalente.
- Certificado de empadramento.
- Aqueles documentos xerados pola Administración da Comunidade Autónoma de Galicia ou entidades públicas instrumentais do sector público que xa fosen presentados polos interesados.
- Aqueles datos, documentos ou certificados dunha administración pública para os que existan sistemas corporativos de interoperabilidade postos á disposición da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.
- Documentos doutras administracións públicas.

Substitúese a obriga do interesado de achegar a certificación acreditativa dunha

conta bancaria por unha declaración responsable sobre a veracidade dos datos consignados na solicitude e relativos á devandita conta.

Cando a tramitación dun procedemento ou servizo requira a incorporación deste tipo de datos ou documentos, os modelos de solicitude normalizados incluírán unha epígrafe para que as persoas interesadas lle outorguen a súa autorización expresa ao órgano xestor para realizar as comprobacións oportunas que acrediten a veracidade dos documentos ou datos achegados no procedemento administrativo. No caso de que non se autorice ao órgano xestor para realizar esta operación, o interesado estará obrigado a achegalos.

En canto á habilitación de procedementos administrativos e servizos, enténdese por ela o procedemento que consiste na emisión dun informe tecnolóxico e funcional favorable emitido polos órganos con competencias horizontais en materia de administración electrónica e simplificación de procedementos administrativos (AMTEGA e Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa), sobre as disposicións de carácter xeral que regulen procedementos administrativos a instancia de parte, así como o establecemento de servizos aos cidadáns e empregados públicos.

O procedemento de habilitación iníciase mediante unha solicitude dos órganos superiores e de dirección da Administración xeral da Comunidade Autónoma ou das entidades dependentes responsables de procedemento ou servizo. Se a solicitude non reunise os requisitos esixidos ou non se achegasen os documentos preceptivos, os órganos con competencias horizontais nas materias indicadas requirirán aos solicitantes para que emenden a falta ou acheguen os documentos preceptivos.

Logo de completar, se é o caso, a solicitude e a documentación requirida, os citados órganos realizarán unha análise dos aspectos tecnolóxicos e procedimentais e emitirán un informe tecnolóxico e funcional no prazo de 10 días hábiles desde a recepción da solicitude de habilitación. Se non se emite o informe no devandito prazo, enténdese que este é favorable. Unha vez que se emita o informe, este trasladaráselles aos solicitantes

A norma prevé un procedemento para a baixa de procedementos administrativos e

servizos, cuxa solicitude parte dos mesmos solicitantes que no suposto anterior, os cales cubrirán un formulario de baixa e ao que deberán xuntar a identificación do procedemento ou servizo e unha memoria explicativa da baixa. Aínda que a norma non prevé procedemento aplicable a este suposto o lóxico é pensar que se aplica o procedemento habilitación.

Intimamente relacionado co procedemento administrativo electrónico está o expediente electrónico regulado no artigo 33 do DAEXG. O devandito expediente debe incluír un índice que conteña a relación de todos os documentos que o compoñen (cfr. artigo 33, 1 DAEXG), así como as referencias de busca a fin de acceder ao seu contido (cfr. artigo 33, 2 DAEXG). Ademais cada expediente deberá estar identificado cun código de clasificación normalizado (cfr. artigo 33, 4 DAEXG).

A formación dos expedientes electrónicos é responsabilidade do órgano que dispoña a normativa de organización específica (cfr. artigo 33, 6 DAEXG) e deberán someterse –os que deban ser obxecto de remisión ou posta a disposición– a varias regras que contén o artigo 33, 7 do DAEXG:

- a) Os expedientes electrónicos dispoñerán dun código que permita a súa identificación unívoca por calquera órgano da Administración nun contorno de intercambio interadministrativo.
- b) O foliado dos expedientes electrónicos levarase a cabo mediante un índice electrónico, asinado electronicamente.
- c) A fin de garantir a interoperabilidade dos expedientes, tanto a súa estrutura e formato como as especificacións dos servizos de remisión e a posta á disposición cinguiranse ao que estableza respecto diso o protocolo de arquivo e documento electrónicos.
- d) Os expedientes electrónicos estarán integrados por documentos electrónicos, e poderán incluír ao mesmo tempo outros expedientes electrónicos se así o require o procedemento. Excepcionalmente, cando a natureza ou a extensión de determinados documentos para incorporar ao expediente non permita ou dificulte

notablemente a súa inclusión neste, conforme aos estándares e procedementos establecidos, deberán incorporarse ao índice do expediente sen prexuízo da súa inclusión separada.

e) Os documentos que se integran no expediente electrónico axustaranse, en caso necesario, ao formato ou formatos de longa duración, accesibles mediante ferramentas de uso gratuíto ao alcance de todas as posibles persoas usuarias, nos termos que determine o protocolo de arquivo e o documento electrónico.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *e-Administración*, Universidad Oberta de Cataluña, Barcelona, 2008

GAMERO CASADO, E. e VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración Electrónica. Comentarios sistemáticos a la Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración Pública Electrónica*, Civitas, Cizur Menor, 2009

PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SUÁREZ LORENZO, F. e MILLAN CALENTI, R. A.: *Anotaciones y comentarios al Decreto de administración electrónica: Decreto 198/2010, do 2 de diciembre, por el que se regula el desenvolvemento de la administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes*, Colegio Profesional de Ingeniería en Informática de Galicia, 2011.

VALERO TORRIJOS, J.: *Régimen jurídico de la e-Administración*, 2.^a edición, Comares, Granada, 2007.

TEMA 8

A ATENCIÓN AO CIDADÁN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A TRANSPARENCIA NA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA

TEMA 8. A ATENCIÓN AO CIDADÁN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A TRANSPARENCIA NA ACTIVIDADE ADMINISTRATIVA

1. Introducción

Mellorar a calidade dos servizos que a Administración ofrece demanda un maior achegamento aos cidadáns, establecendo canles e medios que faciliten esta relación. O desenvolvemento da idea de "proximidade ao cidadán" implica pór en marcha unha serie de actuacións concretas para facer posible un novo modelo de Administración que informe máis e que sexa máis receptiva ás demandas dos destinatarios dos servizos.

Neste sentido, segundo a Recomendación Rec (2001) do Comité de Ministros do Consello de Europa aos Estados membros sobre a participación dos cidadáns na Administración, cómpre que os poderes públicos realicen actuacións tendentes a:

"Realizar unha verdadeira política de comunicación que lles permita aos cidadáns coñecer e entender mellor as cuestións que lles afectan, facilitar o acceso ás informacións administrativas empregando unha linguaxe comprensible e dispor dos medios (oficinas de información administrativa, teléfonos, páxinas web, etc.), destinados a facilitar o contacto entre a Administración e os cidadáns".

Acentuando a información, a transparencia e a participación social lógranse políticas máis eficientes a medio e longo prazo. Como di Michel Crozier, debemos esquecer as solucións e pensar máis nos problemas, sabendo escoitar os cidadáns.

Por este motivo, un bo sistema de información e atención ao cidadán ha de estar organizado de forma que resulte tan apto para transmitir información como para recibila dos cidadáns, calquera que sexa a canle que decidan utilizar: presencial, telefónica ou telemática.

A xestión integrada dos servizos de información e atención ao cidadán, é dicir, do primeiro nivel de interacción entre a Administración e o cidadán, require a constitución dun conxunto de unidades distribuídas polo territorio e especializadas na función de informar e atender os cidadáns sobre as actividades da Administración e, en definitiva, facilitarlles o acceso aos servizos que esta lles presta.

Tan importante como saberlles ofrecer a máxima información posible aos cidadáns

é poder captar, escoitar, entender e contestar as súas demandas.

Un sistema de queixas e suxestións ten que entenderse como unha ferramenta de información para a mellora da calidade dos servizos prestados e de participación cidadá, ao tempo que resulta un dereito para a cidadanía, que alcanza non só a súa formulación, senón tamén á recepción dunha resposta clara ás cuestións suscitadas.

Un axeitado sistema de xestión de queixas e suxestións proporciona:

1. Un instrumento para o exercicio do dereito á participación dos cidadáns.
2. Información para avaliar os resultados dunha determinada política.
3. Identificará os fallos nos procedementos administrativos e, en consecuencia, permite mellorar a prestación dos servizos.
4. Unha vía de contacto cos problemas máis inmediatos dos cidadáns.
5. Unha mellora das relacións cos cidadáns.
6. Permite coñecer a opinión dos usuarios dos servizos, naqueles casos en que non dispoñen doutra tan inmediata e directa.
7. Pode evitar que determinados asuntos pasen aos tribunais de xustiza se reciben unha resposta apropiada.

Neste contexto deben situarse as disposicións da Xunta de Galicia que regulan a atención ao cidadán e o sistema de queixas e suxestións, que constitúen o obxecto deste tema.

2. Marco normativo

A Constitución de 1978 ilumina un novo concepto de Administración, sometida á lei e ao dereito, acorde coa expresión democrática da vontade popular. A Constitución consagra o carácter instrumental da Administración, posta ao servizo dos intereses dos cidadáns e a responsabilidade política do Goberno correspondente, en canto que é responsable de dirixila.

O réxime xurídico das administracións públicas debe establecerse desde este concepto e transcender ás regras de funcionamento interno para integrarse na sociedade á que serve como o instrumento que promove as condicións para que os dereitos

constitucionais do individuo e os grupos que integran a sociedade sexan reais e efectivos.

A Constitución recoñécelles aos cidadáns nas súas relacións coas administracións unha serie de dereitos que a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas, modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, establece con carácter xeral.

O fundamento desta regulación atópase nos seguintes artigos:

O artigo 103 da Constitución, ao sinalar que a "Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais".

O artigo 149.1.18.a da Constitución, que lle atribúe ao Estado a competencia para regular *"as bases do réxime xurídico das administracións públicas"*, por un lado, e directamente, polo outro, o *"procedemento administrativo común"*.

A regulación do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común constitúe unha peza clave nas relacións da Administración cos cidadáns e na satisfacción dos intereses xerais aos que a Administración debe servir, como sinalamos, por mandato constitucional.

Preténdese garantir deste modo unha igualdade nas condicións xurídicas básicas de todos os cidadáns nas súas relacións coas diferentes administracións públicas.

Neste sentido, o título IV, da citada Lei 30/1992, baixo a epígrafe «Da actividade das administracións públicas», contén no seu artigo 35 unha transcendente formulación dos dereitos dos cidadáns nos procedementos administrativos, ademais dos que recoñecen a Constitución e as leis.

"Os cidadáns, nas súas relacións coas administracións públicas, teñen dereito:

- a) A coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos nos que teñan a condición de interesados, e obter copias de documentos contidos neles.
- b) A identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo a responsabilidade das cales se tramiten os procedementos.
- c) A obter copia selada dos documentos que presenten, achegándoa xunto cos

orixinais, así como á devolución destes, agás cando os orixinais deban constar no procedemento.

- d) A utilizar as linguas oficiais no territorio da súa Comunidade Autónoma, de acordo co previsto nesta lei e no resto do ordenamento xurídico.
- e) A formular alegacións e a achegar 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 non presentar documentos non exixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate, ou que xa se atopen en poder da Administración actuante.
- g) A obter información e orientación acerca dos requisitos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes lles impoñan aos proxectos, actuacións ou solicitudes que se propoñan realizar.
- h) Ao acceso á información pública, arquivos e rexistros (apartado redactado de conformidade co punto 1 da disposición derradeira 1ª da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno).
- i) A ser tratados con respecto e deferencia polas autoridades e funcionarios, que deberán facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento dos seus deberes.
- j) A exixir as responsabilidades das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, cando así corresponda legalmente.
- k) Calquera outros que recoñezan a Constitución e as leis".

Desta enumeración cabe destacar, como innovacións significativas: A posibilidade de identificar as autoridades e funcionarios baixo a responsabilidade dos cales se tramiten os procedementos —rompendo a tradicional opacidade da Administración—, o dereito de formular alegacións e de achegar documentos en calquera fase do procedemento anterior ao trámite de audiencia, o de non presentar os xa achegados á Administración actuante, o dereito de acceso á información dos arquivos e rexistros administrativos, conforme o establecido no artigo 105. b) da Constitución e, singularmente, o de obter información e

orientación sobre os condicionamentos xurídicos ou técnicos que as disposicións vixentes lles impoñan aos proxectos que se propoñan abordar.

Por último, non podemos deixar de facer mención ao Real decreto 208/1996, do 9 de febreiro, polo que se regulan os Servizos de Información Administrativa e Atención ao Cidadán, e o Real decreto 951/2005, do 29 de xullo, polo que se establece o marco xeral para o avance da calidade na Administración xeral do Estado, no que afecta á tramitación de queixas e suxestións, aínda que a súa aplicación directa, polo que a ambas as dúas normas se refire, se cingue ao ámbito da Administración xeral do Estado.

Neste marco legal que acabamos de comentar sitúanse as normas autonómicas que regulan a atención ao cidadán e o sistema de queixas e suxestións da Comunidade Autónoma de Galicia:

- *Decreto 164/2005, do 16 de xuño (DOG n.º 121, do 24 de xuño), polo que se regulan e determinan as oficinas de rexistro propias ou concertadas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, se crea o Rexistro Telemático da Xunta de Galicia e se regula a atención ao cidadán, modificado polo Decreto 38/2009, do 19 de febreiro (DOG n.º 43, do 3 de marzo).*

3. O SERVIZO DE ATENCIÓN AO CIDADÁN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

3.1.- Contido e finalidade do servizo de atención ao cidadán da Comunidade Autónoma

No capítulo III do Decreto 164/2005, do 16 de xuño, segundo a redacción dada pola modificación establecida no Decreto 38/2009, do 19 de febreiro, regúlase a atención ao cidadán, concibíndoa, nun xeito amplo, como o conxunto de actividades e medios que a Administración da Comunidade Autónoma de Galicia pon á disposición dos cidadáns para o exercicio dos seus dereitos, o cumprimento dos seus deberes e o acceso os servizos públicos, establecéndose a regulación de actividades e medios que a integran.

Así mesmo, regúlase, tamén a organización, o funcionamento e a coordinación das unidades administrativas que integran o Sistema de Información Administrativa e Atención ao Cidadán e que teñen como función e actividade fundamental a información das

actividades e servizos que desenvolve e presta a Administración e a atención aos cidadáns, establecéndose o marco xurídico da súa actuación, o contido da súa competencia, a atribución de funcións e o alcance da súa responsabilidade no exercicio daquelas.

Procédese tamén neste capítulo á regulación do dereito dos cidadáns á presentación de suxestións e queixas como instrumento adecuado para recoller as demandas dos cidadáns respecto da creación, ampliación ou mellora dos servizos públicos.

3.2.- O Sistema de Atención ao Cidadán da Xunta de Galicia

Segundo indica o apartado 2 do artigo 17 do citado decreto, o Sistema de Atención ao Cidadán da Xunta de Galicia, dependente funcionalmente da consellaría competente en materia de administracións públicas, está integrado por:

As oficinas de rexistro e información ao cidadán dependentes das distintas consellarías e das delegacións territoriais.

As oficinas comarcais da Xunta de Galicia.

O teléfono de información administrativa e atención ao cidadán 012.

A rede de Portelo Único.

As webs da Xunta de Galicia no enderezo: <http://www.xunta.es/>

O correo electrónico: 012@xunta.es

3.3 Información e tipos

Os artigos 18, 19, 20 e 21 concretan a tipoloxía da información que se lles presta aos cidadáns.

- **Información xeral:**

A información xeral ten por obxecto ofrecerlles aos cidadáns unha visión global, homoxénea e sistematizada da Xunta de Galicia, que comprende:

1. Información relativa á estrutura organizativa e funcional, incluíndo directorio de unidades administrativas e centros e horarios destes.
2. Información de cada procedemento administrativo referida á súa finalidade, lexislación aplicable, requisitos e documentación necesaria para a súa tramitación,

así como o órgano responsable da súa xestión.

3. En xeral, cantos datos sirvan de base a quen teña que relacionarse coa Administración autonómica, que non teñan o carácter de información particular.

- **Información particular:**

A información particular consistirá en facilitarlles aos interesados ou aos seus representantes legais o estado da tramitación en que se atopa o seu expediente administrativo.

A petición de información de carácter particular virá avalada pola identificación do solicitante, garantíndose a confidencialidade e a integridade dos datos de carácter persoal, de acordo coa normativa estatal e autonómica sobre protección de datos de carácter persoal.

3.4.- Actualización e acceso á información

Nos artigos 22 e 23 concrétese a actualización e o acceso á información do seguinte xeito:

- a) A Inspección Xeral de Servizos, en coordinación coas distintas secretarías xerais das consellarías da Xunta de Galicia, que para tal efecto designarán un interlocutor, será a responsable da xestión e actualización do contido da información xeral. (Atendendo á actual estrutura orgánica e funcional da Xunta de Galicia, esta competencia atribuída á extinta Inspección Xeral de Servizos tena asumida a actual Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa, dependente da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, en virtude da dirección e coordinación que do sistema de información administrativa e atención ao cidadán lle atribúe o artigo 39 do Decreto 72/2013, do 25 de abril, polo que se establece a estrutura orgánica da Vicepresidencia e da consellaría referida).
- b) Os cidadáns poderán acceder ao Sistema de Información Administrativa e Atención ao Cidadán da Comunidade Autónoma de Galicia nas oficinas de Información Administrativa e Atención ao Cidadán, presencialmente, por escrito, por teléfono ou por correo electrónico a través da internet.
- c) As informacións que se subministren serán claras e comprensibles, concretas, íntegras e idóneas á información solicitada.

- d) Se a petición de información por parte do cidadán non puidese ser resolta de xeito inmediato cos medios de que dispón o empregado de atención ao público, será contestada no prazo de dous días hábiles sempre que o cidadán lle facilite os datos precisos para efectuar o contacto.

3.5.- Carácter das informacións emitidas

No artigo 24 establécese que as actuacións que realicen os empregados públicos do Sistema de Información Administrativa e Atención ao Cidadán terán un carácter informativo para quen o solicite, e, xa que logo, en ningún caso entrañarán unha interpretación normativa á que se refire o artigo 37.10º da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

A información facilitada non se poderá invocar para os efectos de interrupción ou suspensión de prazos, caducidade ou prescrición, nin servirá de instrumento formal de notificación no expediente.

4. A TRANSPARENCIA

4.1.- Ideas xerais

O principio de transparencia adquiriu unha gran transcendencia na actuación do Estado moderno. A aplicación deste singular principio exerce unha extraordinaria influencia en todo o ámbito do dereito administrativo, desde a contratación administrativa ao procedemento administrativo común e mesmo ao disciplinario e, en suma, en toda actuación da Administración. Constitúe, pois, un elemento consubstancial e esencial nos sistemas democráticos actuais.

Este principio de transparencia converteuse no ámbito do Estado Social e Democrático de Dereito nun elemento esencial e necesario nos procedementos de decisión administrativa e nos de elaboración de normas; se o que se pretende é crear unha estrutura que inclúa o cidadán na toma de decisións políticas e administrativas, o cidadán precisa dunha unha información clara, precisa e veraz para que a súa participación na toma de decisións sexa real e efectiva. A transparencia no funcionamento das institucións públicas facilita a formación dunha opinión pública informada que poderá participar na toma de decisións

nas cuestións que lles atinxen.

Varios son os fenómenos que se poden sinalar como determinantes para esa reivindicación contemporánea de transparencia administrativa. En primeiro lugar, o cada vez maior intervencionismo tanto económico como social das administracións públicas demanda unha nova construción das relacións entre a Administración e o cidadán. En segundo lugar, a evolución dos dereitos e as liberdades, superando a idea de que o Estado só acumula poder de carácter político para se converter nun administrador de prestacións. Iso motivou un incremento das reivindicacións da sociedade, o que supón unha obriga cada vez máis intensa de dar conta das actividades realizadas ou desenvolvidas. En terceiro lugar, o crecente desenvolvemento experimentado polas tecnoloxías tanto da información como da comunicación que supuxo un notorio cambio nas formulacións tradicionais de reserva e ocultismo administrativo, pois a partir de agora os novidosos medios que dentro deste campo se ofrecen permiten a esta non só dispor de infraestruturas modernas para unha mellor e máis eficaz xestión da cousa pública, senón tamén ofrecerlles aos cidadáns unha puntual e detallada información da validez dos seus obxectivos e da pertinencia das súas decisións.

Debemos destacar que, como esbozamos, entre os principios xerais que rexen o funcionamento das administracións públicas nas súas relacións cos cidadáns, atópase o xa citado principio de transparencia, e así se recolle no artigo 3-5 da LRX-PAC: "Nas súas relacións cos cidadáns, as Administracións públicas actúan de conformidade cos principios de transparencia e participación". A inclusión de tal principio nesa norma xeral obriga todas as administracións públicas á súa posta en marcha e ao seu cumprimento, tarefa que se atopa nunha fase de carácter inicial, pois a inercia dos tempos pasados xoga a favor da opacidade ou escuridade no seu funcionamento. O impulso a esa transparencia produciuse xa en campos como o medio ambiente, o urbanismo, o denominado dereito administrativo de risco, nos que xa se lexislou tendo en conta que nos procedementos administrativos de carácter decisorio é perentoria a implementación de tal principio de transparencia.

Por outro lado, non se pode descoñecer que o artigo 23.1 da Constitución atopa o seu apoio nunha canle de participación dos cidadáns nas cuestións que lles concirnen e no

proceso de toma das decisións do poder político. Nos tempos actuais a lexitimación democrática na formación da vontade política esténdese á participación directa da sociedade civil nos asuntos que lle concirnen, ben como individuos ou a través de grupos e asociacións, e para o cal é un requisito necesario que exista dunha opinión pública ben informada.

A participación directa dos cidadáns nos asuntos de carácter público do citado artigo 23-1 da Constitución relaciónase dunha forma moi estreita co principio democrático instaurado no artigo 1-1, de tal norma fundamental coa obriga dos poderes públicos de facilitar a participación efectiva dos cidadáns na vida política, social e cultural (artigo 9.2 da Constitución) e, así mesmo, co artigo 105 da constitución, que se ocupa da participación do cidadán na Administración, concretamente no procedemento administrativo e no acceso aos arquivos e rexistros. Estes preceptos de efectos xurídicos diversos presentan desde unha nova e diferente perspectiva a actuación da Administración, a cal debe levar a cabo unha tarefa de conformación e dirección política e socioeconómica, polo que a súa función non pode ser só dunha estreita vinculación co Parlamento e execución estrita da lei. Neste novo contexto deben interpretarse eses preceptos constitucionais que potencian a participación da sociedade civil, a existencia dunha opinión pública activa e a transparencia.

Na lei marco de actuación da Administración (LRX-PAC) o lexislador trata a transparencia e a participación dos cidadáns como verdadeiros principios, e así o regulou establecendo unha vinculación entre ambos os dous como principios xerais de relación da Administración pública e os cidadáns. Non obstante, o xa citado artigo 23 da Constitución refírese ao dereito de participación do cidadán nos asuntos públicos; polo tanto, atopámonos ante un propio e xenuíno dereito. A transparencia no funcionamento das institucións do Estado facilita, xa que logo, ese dereito de participación.

9.2 Desenvolvemento lexislativo

Xa vimos que o principio de transparencia necesita tanto da súa implementación como da súa regulación a través de normas e que esa implementación se realizou a través de normas nos ámbitos específicos do medio ambiente e do urbanismo. Pero tamén resulta necesario instaurar e regular tal principio a través de disposicións de carácter horizontal e

xeral.

A posta en marcha do principio de transparencia prodúcese na Comunidade Autónoma de Galicia a través da Lei 4/2006, do 30 de xullo, de transparencia e boas prácticas administrativas. Esta lei vai reflectir moitas das ideas que esbozamos no apartado anterior en relación co principio de transparencia. Resulta moi significativo que no propio preámbulo da lei se recolla o seguinte: *"A evolución histórica do sistema político-administrativo móstranos unha etapa en que o recoñecemento formal do segredo constituía un principio propio da actuación das administracións públicas. Superada esa etapa, aparece a transparencia como criterio orientador da actividade das administracións públicas para garantir o cumprimento da legalidade, a eficacia e a eficiencia na xestión dos recursos públicos. No momento actual, cómpre reforzar o proceso de racionalización e transparencia na actividade da Administración coa finalidade de eliminar a súa imaxe de opacidade e inaccesibilidade que xera desconfianza na cidadanía. A transparencia permite facer efectivo o dereito dos cidadáns e da sociedade civil a coñecer a actividade da Administración e favorece o control da legalidade e oportunidade das decisións administrativas, facilitando que a sociedade civil asuma un papel activo na vida administrativa..."* Todo o cal vai favorecer o dereito de participación dos cidadáns nos asuntos públicos, consagrado, como viramos, no artigo 23-1 da Constitución.

Ámbito de aplicación: A lei será de aplicación a 1. a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia; 2. aos organismos autónomos, sociedades públicas, fundacións do sector público autonómico e entidades de dereito público vinculadas ou dependentes da Comunidade Autónoma de Galicia; 3. A entes e empresas participadas maioritariamente pola Xunta de Galicia nas materias de: persoal e contratación. Ademais, os concesionarios de servizos públicos da Comunidade Autónoma someterán a súa actuación ás disposicións da lei.

Principios xerais: As entidades ás que resulta de aplicación a lei deberán garantir a transparencia, a eficacia e a eficiencia na organización e na xestión pública e proporcionar e difundir información constante, veraz, obxectiva e clara sobre a actuación do sector público autonómico.

A lei dedica o capítulo segundo especificamente á transparencia administrativa. Ocúpase

dos dereitos das persoas no ámbito da transparencia, das denominadas cartas de servizos, da publicidade da programación, dos medios electrónicos, informáticos e telemáticos, da transparencia en catro ámbitos concretos: 1. a contratación pública, 2. os convenios de colaboración, 3. as concesións de servizo público, e 4. a actividade de fomento (axudas e subvencións).

Dereitos das persoas: Establécese con *carácter xeral* que as persoas, nas súas relacións coas administracións públicas, á parte dos dereitos recoñecidos na Constitución, na normativa da Unión Europea, no Estatuto de autonomía e na lexislación básica do Estado, teñen os dereitos que se establecen na lei.

O primeiro dereito que se establece é o de *información*, e así os cidadáns poderán solicitar e obter información sobre a actividade administrativa de todos os entes comprendidos no ámbito de aplicación da norma.

Respecto da información, esta deberá ser clara e comprensible, debéndose garantir a suficiente difusión aos cidadáns tanto dos seus dereitos como dos recursos que resulten pertinentes.

Para a *efectividade deste dereito*, os entes comprendidos no ámbito de aplicación da norma facilitarán unha información que lles garanta o coñecemento do procedemento que deberá seguirse respecto das súas solicitudes ou actuacións que pretendan realizar ante os citados entes.

En canto aos *lugares de obtención da información* solicitada, esta poderase obter nas oficinas de atención ao cidadán, ben dunha forma presencial, ben por escrito ou a través de medio electrónico, informático ou telemático. Ademais, cada consellaría ou unidade administrativa con actuación externa relevante disporá dunha páxina web na que poderá obter a información xeral recollida na lei e a necesaria para tramitar os procedementos. Contense unha norma especial en relación coas persoas discapacitadas ás que se lles garante o máis completo acceso á información.

Establécense *garantías especiais en canto á información* ás que teñan a consideración de *interesadas nun determinado procedemento administrativo*, pois exíxese que na notificación de resolucións e acordos, mesmo en actos de trámite, se identifique o funcionario autoridade que os ditase, debendo indicarse o seu nome e o cargo. Tamén se

fará constar: o enderezo postal, o correo electrónico e o teléfono ao cal o interesado poderá dirixir as súas solicitudes de información adicional en relación co acto, acordo ou resolución notificada, que serán contestadas polo medio expresado polo interesado. As ditas contestacións ou subministración de información só terán carácter informativo.

Por último, establécense *canles de participación dos cidadáns na elaboración de disposicións de carácter xeral*. Así, establécese que cada consellaría publicará na súa páxina web unha relación circunstanciada e motivada de todos os procedementos de elaboración de disposicións administrativas de carácter xeral que estean en curso, debendo indicar o obxecto desta e a fase ou estado de tramitación, así como a posibilidade das persoas de remitir suxestións, sinalando a forma de facelo. Ademais, en calquera momento anterior ao trámite de audiencia da disposición ou ao informe final da secretaría xeral, as persoas, de forma individual ou a través de asociacións, poderán remitir suxestións relativas a aqueles proxectos normativos que lles afecten, as cales serán tidas en conta polo órgano encargado de redactar tal texto normativo.

Cartas de servizos. Aínda que son obxecto de estudo noutro tema, diremos que estas constitúen documentos de acceso público, a través das cales os órganos da Administración informan as persoas dos dereitos que posúen nas súas relacións coa respectiva unidade, as obrigas e responsabilidades que asumen ao garantir tales dereitos e información sobre os servizos que prestan e os niveis de calidade na prestación destes.

Publicidade da programación. A Administración xeral da Comunidade Autónoma está obrigada a establecer programas anuais e plurianuais nos que se definirán obxectivos concretos que se queren conseguir, así como as actividades e medios necesarios para acadalos e o tempo estimado da súa consecución. Na páxina web correspondente conterase información detallada dos programas e dos seus obxectivos, así como da forma de participación dos cidadáns.

Medios electrónicos, informáticos e telemáticos. A Administración realizará un labor de impulso do emprego e aplicación de técnicas e medios electrónicos e telemáticos para efectuar a súa actividade e o exercicio das súas competencias. A tramitación dos procedementos administrativos apoiarase na utilización dos devanditos medios, respectando as garantías e cumprindo os requisitos previstos para cada caso polo

ordenamento xurídico.

Obrígase á Comunidade Autónoma a manter un rexistro de carácter telemático no cal as persoas poderán presentar os seus escritos, solicitudes e comunicacións que se dirixan aos entes que sinalamos con anterioridade.

Contratos públicos. Obrígase os órganos de contratación das entidades citadas a darlles aos operadores económicos un tratamento igualitario, non discriminatorio e transparente.

Nos procedementos de contratación en que sexa obrigatoria a publicación de anuncios de licitación, o órgano de contratación publicará con carácter complementario un anuncio na súa páxina web en que indicará: o obxecto do contrato, o prezo deste, a referencia do diario oficial de publicación do anuncio, data de finalización do prazo para presentar ofertas ou solicitudes, o lugar ou lugares onde poden presentarse e os pregos.

Os órganos de contratación poderán publicar tamén anuncios na súa páxina web relativos a contratos que non estean sometidos a publicidade obrigatoria.

Unha vez adxudicado o contrato, o órgano de contratación publicará na súa páxina web información sobre: licitadores, criterios de selección e a súa valoración, cadro comparativo de ofertas económicas, puntuación obtida por cada oferta, detallando a obtida en cada criterio de valoración, resumo da motivación da valoración, expresión de quen resulta adxudicatario, aquelas modificacións que supoñan un incremento igual ou maior ao 20% do prezo inicial do contrato e a cesión ou subcontratación. Non procederá a divulgación de información que os licitadores cualificasen como confidencial.

Convenios de colaboración. Cada consellaría ou entidade está obrigada ben no *Diario Oficial de Galicia* ben na súa páxina web a publicar unha relación dos convenios de colaboración subscritos. Cando os devanditos convenios impliquen obrigas de tipo económico para a Facenda Autonómica sinalarase con claridade o importe das citadas obrigas e a persoa ou entidade destinataria da prestación.

Concesións de servizos públicos. Establécese como principio xeral que os concesionarios deberán rexerse na súa actuación polo principio de transparencia na súa xestión.

Nos pregos de adxudicación da xestión de tales servizos incluíranse unha serie de previsións para garantir os dereitos dos usuarios. Entre esas previsións recóllense as seguintes: 1. Dereito a presentar queixas sobre o funcionamento do servizo e o correlativo de recibir contestación a estas; 2. A obter copia selada dos documentos que presenten nas oficinas do concesionario, en relación coa prestación do servizo; 3. A utilizar de forma indistinta o galego ou o castelán; 4. A acceder a toda a información que conste en poder da concesionaria e que sexa precisa para formular queixas ou reclamacións sobre a prestación do servizo. Exclúense os documentos que afecten á intimidade das persoas e os relativos a materias protexidas polo segredo comercial ou industrial; 5. A exixir da Administración o exercicio das súas facultades de inspección, control e, se é o caso, sanción, para emendar as irregularidades na prestación do servizo; 6. A ser tratadas con respecto ao principio de igualdade no uso do servizo.

Actividade de fomento. Establécense unha serie de *principios aos que se deberá axustar a xestión de subvencións e axudas públicas.* Tales principios son: 1. Publicidade, concorrencia, obxectividade, transparencia, igualdade e non discriminación; 2. Eficacia no cumprimento de obxectivos fixados pola Administración outorgante; 3. Eficacia na asignación e utilización dos recursos públicos.

Obrígase as entidades citadas, cando realicen actividades de fomento mediante o outorgamento de fondos públicos, a publicar na súa páxina web o seguinte: 1. Relación das liñas de axuda ou subvencións que se vaian publicar durante o exercicio orzamentario, con indicación dos importes destinados a estes, o seu obxectivo e finalidade e a descrición dos posibles beneficiarios; 2. Texto íntegro da convocatoria; 3. A concesión das axudas ou subvencións.

Estes principios aplícanse tamén a: 1. A concesión de créditos oficiais; 2. A concesión de axudas nas cales a Administración asuma a obriga de satisfacerlle á entidade prestamista todo ou parte dos xuros; 3. A condonación de créditos; 4. Calquera outro acordo ou resolución dos cales resulte un efecto equivalente á obtención de axudas directas polo beneficiario; 5. As achegas monetarias realizadas pola Comunidade Autónoma ás entidades locais, sempre que non se destinen de modo global a financiar o ente.

Poden ser excluídos de publicación os seguintes datos: 1. Datos do beneficiario cuxa

publicación sexa contraria ao respecto e garantía dos dereitos de honra, intimidade persoal ou familiar das persoas físicas; 2. Os que estean protexidos polo segredo industrial ou comercial; 3. Aqueles datos respecto dos cales exista un interese prevalente de protección.

Breve referencia á Lei estatal 19/2013, de transparencia, acceso á información e bo goberno

A lei estatal ten un triplo alcance: incrementa e reforza os mecanismos de referencia na actividade pública a través de obrigas de publicidade activa de todas as administracións e entidades públicas, recoñece e garante o dereito á información regulado como un dereito de carácter amplo tanto obxectivo como subxectivo e establece obrigas de bo goberno.

A lei amplía e reforza as obrigas de publicidade activa en diversos ámbitos. Así, en materia de información institucional, organizativa e de planificación, exíxelles aos suxeitos comprendidos no seu ámbito de aplicación a publicación de información relativa ás funcións que desenvolven, a normativa que lles resulta de aplicación e a súa estrutura organizativa, ademais dos seus instrumentos de planificación e a avaliación do grao do seu cumprimento. En materia de información de relevancia xurídica e que afecte dunha forma directa ao ámbito das relacións entre a Administración e os cidadáns, a lei contén un amplo repertorio de documentos que, ao seren publicados, proporcionan unha maior seguridade xurídica. Igualmente, no ámbito da información de relevancia económica, orzamentaria ou estatística, establécese un amplo catálogo que debe ser accesible e entendible polos cidadáns, dado o seu carácter de instrumento óptimo para o control da xestión e utilización dos recursos públicos. Por último, establécese a obriga de publicar toda a información que con maior frecuencia sexa obxecto de solicitude de acceso, de modo que as obrigas de transparencia se cohonesten cos intereses da cidadanía.

No título I da lei régúlase e increméntase a transparencia da actividade de todos os suxeitos que presten servizos públicos ou exerzan potestades administrativas mediante un conxunto de previsións adoptadas desde unha dobre perspectiva: a publicidade activa e o dereito de acceso á información pública.

Os suxeitos incluídos no ámbito de aplicación da norma deberán difundir determinada información sen esperar unha solicitude concreta dos administrados. Neste punto

inclúense datos sobre información institucional, organizativa de planificación, de relevancia xurídica e de natureza económica orzamentaria e estatística.

Noutro dos seus capítulos, o III, configúrase de forma ampla o dereito de acceso á información pública, do que son titulares todas as persoas e que poderá exercerse sen necesidade de motivar a solicitude. Este dereito só se poderá ver limitado pola propia natureza da información ou pola súa entrada en conflito con outros intereses. Así mesmo, e dado que a información pode afectar de forma directa á protección de datos persoais, a lei aclara a relación entre ambos os dous dereitos, establecendo mecanismos de equilibrio necesarios.

Co obxecto de facilitar o exercicio do dereito de acceso á información pública, establécese un procedemento áxil, cun breve prazo de resposta, e dispónse a creación de unidades de información na Administración xeral do Estado, o que facilita o coñecemento por parte do cidadán do órgano ante o que deba presentar a súa solicitude, así como do competente para a súa tramitación e resolución.

En materia tan importante como a de impugnacións, créase unha reclamación potestativa e previa á vía xudicial da que coñecerá o órgano denominado Consello de Transparencia e Bo Goberno (título III da lei), organismo de natureza independente e de nova creación pola lei, reclamación que substitúe os recursos administrativos en relación con esta materia.

JAIME BOUZADA ROMERO

DIRECTOR XERAL DE AVALIACIÓN E REFORMA ADMINISTRATIVA

TEMA REVISADO POR ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO

LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 9

**A PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER
PERSOAL. NORMATIVA REGULADORA.
PRINCIPIOS INFORMADORES E DEREITOS DAS
PERSOAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE
DATOS. A AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN
DE DATOS**

TEMA 9. A PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSOAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES E DEREITOS DAS PERSOAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. A AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

1. A PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSOAL. NORMATIVA REGULADORA

1. Regulación normativa

É a partir dos anos oitenta cando se xera a nivel europeo unha preocupación e sensación de emerxencia en relación co tratamento dos datos de carácter persoal e a falta de normativa que regule a súa recollida e cesión.

Fronte ao baleiro normativo existente, no ano 1981 as autoridades europeas adoptan as primeiras medidas para regular o tratamento dos datos de carácter persoal. Neste sentido, cóbrese a lagoa normativa mediante a sinatura por parte dos Estados membros da Unión Europea (UE) do Convenio 108, do 28 de xaneiro, do Consello de Europa, que España asinará e ratificará en 1982, coa súa entrada na UE.

A sinatura do mencionado Convenio 108 supuxo a asunción do compromiso por parte dos países asinantes de desenvolver leis que tivesen por obxecto a protección dos dereitos e liberdades das persoas, en relación co tratamento dos seus datos persoais. Pouco despois a UE dita a Directiva 95/46/CE, do 24 de outubro, do Consello de Europa. Nos seus considerandos 8, 56 e 57, a directiva resalta a necesidade de uniformar as distintas normativas nacionais para garantir un tratamento unitario dos datos persoais en todo o espazo europeo. Desta forma, reitérase a preocupación pola seguridade no manexo dos datos persoais por parte dos Estados membros. Así mesmo, será nesta directiva na que se operen importantes avances na materia, tales como a ampliación do concepto de dato de carácter persoal á imaxe e o son, aparentemente excluídos no Convenio 108 ao que antes se fixo referencia. Debe destacarse, ademais, o feito de que, a través deste instrumento, se efectúe a exclusión do ámbito de aplicación das leis en materia de protección de datos aos ficheiros de uso doméstico —*v. gr.* as axendas telefónicas particulares.

A Carta dos dereitos fundamentais da UE adoptada no ano 2000, no seu artigo 8, recoñeceuno e proclamouno dunha forma expresa e moderna. O precepto afirma "toda persoa ten dereito á protección dos dereitos de carácter persoal que lle incumben"; engade posteriormente que "estes datos se tratarán de modo leal, para fins concretos e sobre a base do consentimento da persoa afectada ou en virtude doutro fundamento lexítimo previsto pola lei", impondo así uns deberes claros aos poderes públicos e aos particulares. Desagrega o dereito, entre outras facultades, nas de "acceder aos datos recollidos que lle atinxan e á súa rectificación". E, finalmente, garante que o respecto destas normas quedará suxeito ao control dunha autoridade independente.

En parecidos termos, o artigo 16 do Tratado de Funcionamento da UE (versión consolidada subseguinte ao Tratado de Lisboa) recoñece que: "toda persoa ten dereito á protección dos datos de carácter persoal que lle concirnan".

Polo que respecta a España, elaborouse un primeiro anteproxecto de lei de protección de datos de carácter persoal no ano 1984, que finalmente non chegou a prosperar. Habería que esperar ao ano 1992, en que cobra vixencia a Lei orgánica 5/1992, do 29 de outubro, sobre a regulación do tratamento automatizado de datos de carácter persoal (LORTAD), para ter en España unha norma que se ocupase de forma específica da materia. Non obstante, a vixencia da LORTAD foi relativamente breve, pois foi derogada pola Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal (LOPD). Por mandato desta última, apróbase o Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro (RPDCP), que desenvolve os aspectos máis complexos da lei, como o procedemento sancionador.

Tamén algúns estatutos de autonomía recentemente reformados, como o de Cataluña, na súa redacción de 2006; o de Andalucía, na súa redacción de 2007; o de Aragón, tamén de 2007, ou o de Castela-León, igualmente de 2007, o recollen como un dereito.

2. Configuración:

O Tribunal Constitucional considerou o dereito á protección de datos de carácter persoal como un dereito fundamental, vinculándoo co artigo 18.4 da Constitución, que establece: "a lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade persoal e familiar dos cidadáns e o pleno exercicio dos dereitos. Por iso, trátase dun dereito protexido con

maiores garantías: así, entre as normativas, ou pola reserva de lei orgánica, entre as xudiciais, ademais do proceso ordinario polo proceso sumario e preferente e polo recurso de amparo.

Polo tanto, a súa natureza xurídica é a dun dereito fundamental, dotado de identidade propia e diferenciada do resto dos outros dereitos.

O seu carácter de dereito fundamental fai que se beneficie das garantías que lle outorga a Constitución. A primeira, a do seu efecto directo e inmediato, xa que, por mor do artigo 51 da Constitución, vincula todos os poderes públicos directamente. A segunda é a garantía da reserva de lei orgánica, que consiste en que a súa regulación xeral debe efectuarse necesariamente por este tipo de normas. A terceira garantía é a xudicial, que significa que a tutela xudicial deste dereito non se limita só aos procesos ordinarios, que teñen os dereitos ordinarios, senón que tamén pode o cidadán titular do dereito fundamental acudir, para obter o abeiro dos órganos xudiciais, a un proceso especial baseado nos principios de sumariedade e preferencia.

É ademais un dereito autónomo. Ten entidade diferenciada respecto doutros dereitos, particularmente o dereito á intimidade do 18.1 da Constitución, tanto na súa función, obxecto e contido, aínda que comparta con este último o obxectivo de ofrecer unha eficaz protección constitucional da vida privada persoal e familiar (STC 292/2000, do 30 de novembro): mesmo o obxecto deste dereito é máis amplo que o obxecto de dereito á intimidade.

Finalmente, é un dereito ao servizo doutros dereitos fundamentais, dirixido á protección doutros dereitos fundamentais. O tribunal Constitucional declarou que este dereito "contén un instituto de garantía dos dereitos á intimidade e á honra e do pleno desfrute dos restantes dereitos dos cidadáns" (STC 290/2000).

3. Obxecto e ámbito de aplicación da LOPD.

A LOPD ten por obxecto garantir e protexer, no que atinxe ao tratamento dos datos de carácter persoal, as liberdades públicas e os dereitos fundamentais das persoas físicas, e en especial a súa honra e intimidade persoal e familiar (cfr. art. 1 LOPD).

O dereito á protección de datos deriva directamente da Constitución española, máis

concretamente do artigo 18. Cómpre subliñar que o réxime de protección de datos de carácter persoal da LOPD só atinxe as persoas físicas e non é aplicable, xa que logo, aos datos das persoas xurídicas. Con todo, aínda referíndose a persoas físicas, por mandato da propia LOPD, tamén quedarían excluídas do seu ámbito de aplicación (cfr. art. 2.2 LOPD):

- a) Os ficheiros mantidos por persoas físicas no exercicio de actividades exclusivamente persoais ou domésticas (p. ex., axendas telefónicas de móbiles ou en soporte papel).
- b) Os ficheiros sometidos á normativa sobre protección de materias clasificadas.
- c) Os ficheiros establecidos para a investigación do terrorismo e de formas graves de delincuencia organizada —*v. gr.* ficheiros de EUROPOL—. Non obstante, nestes supostos o responsable do ficheiro comunicará previamente a súa existencia, as súas características xerais e a súa finalidade á Axencia Española de Protección de Datos (en diante AEPD). Xunto a esta exclusión, a LOPD prevé a aplicación subsidiaria desta a certos ficheiros que contan cunha normativa específica. En tales supostos, esta última é de preferente aplicación, operando a LOPD de modo residual. Así sucede, por exemplo, co Rexistro Civil ou os ficheiros que recollan imaxes e sons obtidos mediante a utilización de videocámaras polas forzas e corpos de seguridade (cfr. art. 2.3 LOPD).

En canto ao ámbito de aplicación territorial, a LOPD dispón que se rexa polas súas normas todo tratamento de datos de carácter persoal (cfr. art. 2.1 LOPD):

- a) Cando o tratamento sexa efectuado en territorio español no marco das actividades dun establecemento do responsable do tratamento.
- b) Cando ao responsable do tratamento non establecido en territorio español lle sexa de aplicación a lexislación española en aplicación de normas de dereito internacional público.
- c) Cando o responsable do tratamento non estea establecido en territorio da UE e utilice no tratamento de datos medios situados en territorio español, agás que tales medios se utilicen unicamente con fins de tránsito.

4. Conceptos e definicións básicas.

Unha vez fixado o obxecto e o ámbito de aplicación da LOPD, co fin de comprender o alcance e sentido da lei, considérase oportuno facer fincapé nalgúns conceptos ou definicións básicas, que aparecen enunciadas no art. 3 do propio texto legal. De entre as

referidas definicións, cabería destacar as seguintes:

- a) Dato de carácter persoal: calquera información concernente a persoas físicas identificadas ou identificables. Na devandita definición teñen cabida, entre outros datos, o nome, os apelidos, o enderezo postal, o número de conta bancaria, o DNI e pasaporte, o enderezo de correo electrónico, os datos biométricos, a pegada dactilar...
- b) Fichero: todo conxunto organizado de datos de carácter persoal, calquera que fose a forma ou modalidade da súa creación, almacenamento, organización e acceso. Os ficheiros poderán ser automatizados ou non automatizados. Neste sentido, a modo ilustrativo, teñen a consideración de ficheiros automatizados, por exemplo, os ficheiros das administracións públicas como o do padrón ou o do catastro ou os ficheiros dos clientes de centros comerciais. En canto aos ficheiros automatizados, entrarían neste concepto os ficheiros en soporte papel que conteñen os datos dos clientes dun avogado, os arquivos de historias clínicas dos pacientes...
- c) Tratamento de datos: operacións e procedementos técnicos de carácter automatizado ou non que permitan a recollida, gravación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo e cancelación, así como as cesións de datos que resulten de comunicacións, consultas, interconexións e transferencias.
- d) Responsable do fichero ou tratamento: persoa física ou xurídica, de natureza pública ou privada, ou órgano administrativo, que decida sobre a finalidade, contido e uso do tratamento.
- e) Afectado ou interesado: persoa física titular dos datos que sexan obxecto do tratamento.
- f) Encargado do tratamento: a persoa física ou xurídica, autoridade pública, servizo ou calquera outro organismo que, só ou conxuntamente con outros, trate datos persoais por conta do responsable do tratamento.
- g) Cesión ou comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a unha persoa distinta do interesado. Por cesión debe entenderse calquera divulgación dos datos tales como a publicación nun taboleiro de anuncios dun concello da concesión dunha subvención con nomes e apelidos ou o transvasamento de datos dunha empresa a outra.

h) Fontes accesibles ao público: aqueles ficheiros cuxa consulta pode ser realizada por calquera persoa non impedida por unha norma limitativa ou sen máis exixencia que, se é o caso, o aboamento dunha contraprestación. Teñen a consideración de fontes de acceso público, exclusivamente, o censo promocional, os repertorios telefónicos nos termos previstos pola súa normativa específica e as listas de persoas pertencentes a grupos de profesionais que conteñan unicamente os datos de nome, título, profesión, actividade, grao académico, enderezo e indicación da súa pertenza ao grupo. Así mesmo, teñen o carácter de fontes de acceso público os diarios e boletíns oficiais e os medios de comunicación.

2. PRINCIPIOS INFORMADORES E DEREITOS DAS PERSOAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

A lexislación de protección de datos, ao tempo que establece unha serie de regras ou principios que deben cumprir as entidades que realicen tratamentos de datos persoais, recoñécelles aos seus titulares, respecto dos datos obxecto do dito tratamento, determinados dereitos. Polo que respecta aos principios, estes concrétanse, basicamente, nos seguintes: a) calidade dos datos, b) información, c) consentimento, d) seguridade e e) segredo. Pola súa banda, os dereitos que asisten os titulares dos datos de carácter persoal son, en esencia, os seguintes: a) acceso, b) rectificación, c) cancelación, d) oposición e e) exclusión.

A continuación expóranse, en primeiro termo, os principios informadores *aplicables á protección* de datos para, a continuación, centrarse na análise dos dereitos das persoas.

2.1. Principios aplicables ao tratamento de datos persoais

A) O principio de calidade

O denominado principio de calidade, sancionado polo art. 4 LOPD, recolle en rigor varias regras ou principios relacionados coa finalidade para a que se crean ficheiros ou se realizan tratamentos de datos persoais.

O primeiro é o principio do fin ou interese lexítimo. Significa que o tratamento dos datos debe responder a unha finalidade determinada explícita e lexítima, e que calquera operación que se faga debe axustarse ao fin para o que se obtivesen os datos. Este

principio exige que, no caso de que non exista consentimento do interesado, se respecten os dereitos e liberdades fundamentais deste e que eses datos figuren en fontes accesibles ao público, excluindo de forma categórica e xeneralizada todo tratamento que non figure en tales fontes.

O segundo é o principio de proporcionalidade, tamén chamado de pertinencia. Conforme este, a recollida e tratamento de datos han de ser axeitados, pertinentes e non excesivos. Ou dito doutro modo, non se poden recoller máis datos que os estritamente necesarios, coa finalidade que se pretende e na materia de que se trate. Unha recollida abusiva de datos é, desde logo, contraria a este principio e supón a ilegalidade do seu tratamento.

Así mesmo, os datos non poden ser obxecto dunha utilización abusiva, entendendo por tal aquela que resulte incompatible coa finalidade para a que foron recollidos os datos. En efecto, os datos non poden ser tratados para fins distintos aos que motivaron a súa recollida, pois isto suporía un novo uso que require o consentimento do interesado.

En cuarto lugar, a calidade dos datos obriga o responsable a garantir que os datos de carácter persoal sexan exactos e estean postos ao día, de forma que respondan verazmente á situación actual do afectado. Ademais, os datos deben cancelarse cando deixen de ser necesarios para a finalidade elixida, salvo que unha disposición legal obrigue a conservar as informacións.

O principio de calidade exige, así mesmo, que os datos sexan tratados de forma leal e lícita, o cal impide, por exemplo, que na súa recollida se utilicen métodos desleais ou fraudulentos.

Por outra banda, debe salientarse que o tratamento de datos con fins estatísticos, históricos ou científicos non se considera incompatible con aquela finalidade para a que fosen recollidos expresamente (art. 9 RPDGP).

B) O principio de información

Os interesados teñen dereito a ser informados do tratamento dos seus datos persoais, segundo sanciona o art. 5 LOPD. En efecto, cando se vai proceder á recollida de datos dunha persoa, cómpre informalo con carácter previo de que estes van ser obxecto

de tratamento. Se a información se solicita empregando un formulario, debe mencionarse o tratamento dos datos no propio documento. Se, pola contra, os datos se recollen de xeito oral, en presenza do interesado, é suficiente que exista un cartel claramente visible no que se lle informe do tratamento.

En caso de utilización de comunicacións telefónicas, será preciso informar do tratamento antes de solicitar ningún dato ao interesado, xeralmente mediante a inclusión dunha mensaxe pregravada.

A información non só debe ser previa, senón que ademais debe ter o contido mínimo que exige o art. 5 LOPD, particularmente: a) a existencia e finalidade do tratamento; b) a identidade do responsable; c) os destinatarios da información; e d) os dereitos que recoñece a lei.

Non obstante, a propia LOPD considera unha serie de supostos nos que se relaxa ese deber de informar acerca do tratamento dos datos. En concreto, así acontece cando a información afecte á defensa nacional, á seguridade pública ou á persecución de infraccións penais (art. 24.1 LOPD).

Pero, ademais, tampouco será preciso informar o interesado cando o afectado xa fose informado con anterioridade, cando a lei o prevexa, cando o tratamento teña fins históricos, estatísticos ou científicos ou, en fin, cando a información ao interesado resulte imposible ou exixa esforzos desproporcionados a criterio da AEPD (ou organismo autonómico equivalente), atendendo ao número de interesados, á antigüidade dos datos e ás posibles medidas compensatorias (cfr. art. 5.4 e 5 LOPD).

Xa en concreto, o RPDCP presta especial atención ao procedemento para obter da AEPD a exención de deber de informar o interesado acerca do tratamento dos seus datos de carácter persoal cando resulte imposible ou exixa esforzos desproporcionados. O procedemento deberá iniciarse sempre por petición do responsable que pretenda obter a aplicación da exención, e na solicitude o responsable deberá identificar claramente o tratamento de datos ao que pretende aplicarse a exención de deber de informar; motivar expresamente as causas en que fundamenta a imposibilidade ou o carácter desproporcionado do esforzo que implicaría o cumprimento do deber de informar; expor detalladamente as medidas compensatorias que propón realizar en caso de exoneración

do cumprimento de deber de informar, así como achegar unha cláusula informativa que, mediante a súa difusión, nos termos que se indiquen na solicitude, permita compensar a exención de deber de informar (art. 153 RPDCP).

Se a AEPD considerase insuficientes as medidas compensatorias propostas, poderá acordar a adopción de medidas complementarias ou substitutivas, dando traslado do acordo ao solicitante, para que expoña o que considere oportuno no prazo de quince días (art. 154 RPDCP).

Concluídos os trámites do procedemento, o director da axencia deberá ditar e notificarlle ao responsable do ficheiro, nun prazo máximo de seis meses, contados desde a data de entrada na AEPD da solicitude, resolución pola que se concede ou denega a exención do deber de informar. De transcorrer o prazo sen recaer e/ou notificar a resolución expresa, poderase considerar estimada a solicitude por silencio administrativo positivo (arts. 155 e 156 RPDCP).

C) O principio de consentimento

É, desde logo, o principio esencial da protección de datos persoais. Con carácter xeral, o tratamento dos datos de carácter persoal require o consentimento do seu titular, en virtude do disposto no art. 6 LOPD e no artigo 8.2 da Carta de dereitos fundamentais da UE. Non obstante, a LOPD considera, así mesmo, determinados casos en que excepcionalmente é posible o tratamento dos datos sen solicitar o consentimento do interesado e outros nos que, pola contra, unicamente cabe o dito tratamento cun consentimento reforzado do titular.

C.1) Regra xeral

O responsable do tratamento ten a obriga de solicitar o consentimento do interesado para o tratamento dos seus datos. Por consentimento enténdese a manifestación de vontade, libre, inequívoca, específica e informada, mediante a que o interesado autoriza ou permite o tratamento dos datos persoais que lle concirnen.

O consentimento do interesado non ten por que ser sempre expreso, senón libre e inequívoco, podendo ser, polo tanto, meramente tácito, polo que, a teor do disposto no art. 14 RPDCP, o responsable do tratamento poderá limitarse a informar o interesado do

tratamento, concedéndolle un prazo de trinta días para manifestar a súa negativa a este, advertíndoo de que, de non se pronunciar para tal efecto, se entenderá que o consente.

Ao mesmo tempo, o precepto citado imponse ao responsable a obriga de facilitar un medio sinxelo e gratuíto para manifestar a súa negativa ao tratamento dos seus datos, para evitar que o consentimento tácito poida ter lugar como consecuencia dos impedimentos impostos ao interesado para manifestar a súa oposición ao tratamento.

O interesado tamén debe manifestar o consentimento para a cesión dos seus datos a persoas distintas do responsable do ficheiro, segundo dispón o art. 11 LOPD. A solicitude de consentimento debe ir referida a un tratamento ou serie de tratamentos concretos, con delimitación da finalidade para a que serán obxecto de cesión (cfr. art. 12.2 RPDCP).

C.2) Excepcións ao principio da obtención do consentimento.

Como se tivo ocasión de sinalar, a LOPD regula ao longo do seu articulado diversos supostos en que o tratamento de datos non exige solicitar o consentimento do interesado. Tales supostos poderían concretarse nos seguintes:

a) Cando unha lei ou norma de dereito comunitario autoriza o tratamento dos datos (cfr. arts. 6.1 e 11.2 LOPD e art. 10.2.a RPDCP).

A norma que exige da obriga de obter o consentimento para proceder ao tratamento dos datos de carácter persoal, incluídas as cesións, ha de ter rango de lei.

b) Cando os datos figuren en fontes accesibles ao público, entendéndose por tales aqueles ficheiros cuxa consulta pode ser realizada por calquera persoa non impedida por unha norma limitativa ou sen mais exixencias que, se é o caso, o aboamento dunha contraprestación. Teñen a consideración legal de fontes de acceso público: a) os diarios e boletíns oficiais, b) os medios de comunicación social, c) os censos promocionais; d) as guías de servizos de comunicacións electrónicas; e) os repertorios telefónicos nos termos previstos na normativa específica; f) as listas de persoas pertencentes a grupos profesionais que conteñan datos sobre nome, título, profesión, actividade, grao académico, enderezo e indicación de pertenza ao grupo (cfr. arts. 6.2 e 11.2.b LOPD e art. 10.2.b RPDCP) e o seu tratamento é necesario para a satisfacción do interese lexítimo perseguido

polo responsable do ficheiro ou polo terceiro ao que se lle comuniquen os datos.

O art. 10 RPDGP precisa que o tratamento sen consentimento de titular debe ser lexítimo, aínda que ese matización non é, en rigor, necesaria, pois xa deriva do principio de calidade.

A exención non exime da obriga de informar o interesado, malia que coa particularidade de que poderá ser informado con posterioridade ao tratamento, dentro do prazo de tres meses que sinala o art. 5.4 LOPD. Ademais, o art. 5.5 LOPD dispón que, se os datos obtidos dunha fonte accesible ao público se destinan a unha finalidade de prospección comercial, abondará con informar o interesado na primeira comunicación desta natureza que se lle remita, indicando a orixe dos datos, a identidade do responsable do tratamento e os dereitos que o asisten.

c) Cando os datos se refiran ás partes dun contrato ou precontrato dunha relación negocial, laboral ou administrativa e sexan necesarios para o seu mantemento ou cumprimento (cfr. arts. 6.2 e 11.2.c LOPD e art. 10.3.b e 10.4.a RPDGP). É o caso dos ficheiros de persoal das empresas.

Se o responsable do tratamento pretende obter o consentimento do interesado para fins non relacionados directamente coa relación contractual (*v. gr.*, para o envío de futuras comunicacións comerciais ou a cesión destes a entidades non relacionadas coa relación contractual), o responsable do tratamento débelle permitir ao afectado que manifeste expresamente a súa negativa ao tratamento ou comunicación de datos.

En liña co anterior, permítese a cesión dos datos do interesado sen o seu consentimento cando o interesado aceptase unha relación xurídica cuxo desenvolvemento, cumprimento e control comporte a comunicación dos seus datos.

d) Cando o tratamento dos datos teña por finalidade protexer o interese vital do interesado (cfr. art. 6.2 LOPD e art. 10.3.c RPDGP). Esta excepción xoga, sobre todo, no campo da sanidade e de determinados servizos: a LOPD exige do consentimento do interesado cando o tratamento de datos resulta necesario para a prevención ou o diagnóstico médico, a prestación de asistencia sanitaria ou tratamentos médicos ou a xestión de servizos sanitarios, sempre que o tratamento o realice un profesional sanitario ou outra persoa suxeita a unha obriga equivalente

de segredo. Fai falla, polo tanto, un fin sanitario e un profesional sanitario ou equivalente nos termos previstos na Lei 16/2003, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde.

e) Cando os datos sexan cedidos para un tratamento posterior con fins históricos, estatísticos ou científicos (cfr. arts. 5.5, 11.2.e e 21.1 LOPD e art. 10.4.c RPDGP).

Ao respecto, debe sinalarse que, conforme o art. 12 LOPD, non constitúe unha cesión de datos o acceso por un terceiro a estes coa finalidade de prestar un servizo ao responsable do tratamento. A prestación de servizos debe estar prevista nun contrato, no que se especifiquen as obrigas do prestador do servizo en materia de protección de datos. A ulterior subcontratación do dito servizo por parte de quen ten acceso ao ficheiro exige, en principio, autorización do responsable (cfr. art. 21 RPDGP). Unha vez rematada a prestación do servizo, o prestador debe destruír os datos persoais ou devolverllos ao responsable do ficheiro, agás que a lei lle impoña a obriga de conservar os datos (cfr. art. 22 RPDGP).

f) Cando os datos se recollan no "exercicio das funcións propias das administracións públicas no ámbito das súas competencias" (art. 6.2 LOPD e art. 10.3.a RPDGP) ou, tratándose de cesións de datos entre administracións públicas, cando a comunicación se realice "para o exercicio de competencias idénticas ou que versen sobre as mesmas materias" (art. 21 LOPD e art. 10.4.c RPDGP).

g) Cando os datos de carácter persoal sexan obtidos ou elaborados por unha Administración pública con destino a outra (art. 21.2 LOPD e art. 10.4 RPDGP).

h) E, finalmente, cando a comunicación de datos teña por destinatario o Defensor do Pobo (ou órgano autonómico equivalente), o Ministerio Fiscal ou os xuíces ou tribunais ou o Tribunal de Contas (ou órgano autonómico equivalente), no exercicio das funcións que ten atribuídas (art. 11.2.d LOPD e art. 10.4.b RPDGP).

C.3) Supostos de consentimento reforzado: os datos especialmente protexidos

O art. 7 LOPD establece un sistema de protección reforzado respecto de determinados datos que se estiman merecedores de especial protección, dada a súa incidencia sobre a intimidade das persoas. Os datos especialmente protexidos son os

relativos á ideoloxía, crenzas, relixión, afiliación sindical, saúde, orixe racial ou vida sexual das persoas.

A especial protección destes datos conséguese exixindo que o consentimento sexa expreso, no caso dos datos sobre a saúde, orixe racial ou vida sexual; ou expreso e por escrito, se se trata de datos sobre a ideoloxía, crenzas, relixión ou afiliación sindical. Respecto desta distinción, cabe preguntarse polas razóns que levaron o lexislador a considerar máis dignos de protección algúns tipos de datos, como por exemplo a ideoloxía, respecto doutros, como os relativos á saúde. En todo caso, debe salientarse que o reforzamento do consentimento —na práctica— é irrelevante xa que a carga de probar que se solicitou o consentimento expreso recae sobre o responsable do tratamento, de aí que este teña un indubidable interese en que o consentimento expreso se outorgue por escrito.

Por outra banda, o incumprimento dun principio aplicable ao tratamento de datos persoais, cando afecta a datos especialmente sensibles, supón un agravamento da sanción que correspondería respecto de datos ordinarios.

Recentemente entrou en vigor a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información e bo goberno, que dedica o artigo 15 á protección deste tipo de datos. Distingue dous supostos: a) datos especialmente protexidos a que se refire o n.º 2 do artigo 7, caso en que o acceso só se poderá autorizar cando se conte con consentimento expreso ou por escrito do afectado, salvo que este dato se manifestase con anterioridade á solicitude de acceso; b) datos especialmente protexidos a que se refire o n.º 3 do artigo 7 ou datos relativos á comisión de infraccións penais ou administrativas que non levasen consigo amoestación pública do infractor: o acceso só se poderá autorizar cando se conte co consentimento expreso do afectado ou se aquel estivese amparado por unha norma de rango legal.

D) O principio de seguridade

O art. 9 LOPD imponse ao responsable do tratamento a obriga de adoptar as medidas de índole técnica e organizativa que garantan a seguridade dos datos, coa finalidade de evitar o «acceso non autorizado» por parte de terceiros. As medidas de seguridade a adoptar polo responsable do ficheiro son obxecto de desenvolvemento no

RPDCP e clasifícanse en tres niveis: básico, medio e alto (cfr. art. 80 RPDCP).

E) O deber de segredo

O art. 10 LOPD dispón que «o responsable do ficheiro e os que interveñan en calquera fase do tratamento dos datos de carácter persoal están obrigados ao segredo profesional respecto destes e ao deber de gardalos».

O deber de confidencialidade obriga non só o responsable do ficheiro, senón toda persoa que interveña en calquera fase do tratamento. Este deber supón que o responsable ou os que interveñan en calquera fase do tratamento dos datos almacenados non poida revelar nin dar a coñecer o seu contido, tendo a obriga de gardalos, obriga que subsistirá mesmo despois de finalizar as súas relacións co responsable do ficheiro.

F) O principio de veracidade do dato.

Este principio tradúcese en que os datos de carácter persoal que figuren no ficheiro deben ser exactos, completos e actuais (art.4.3 LOPD). Presúmense exactos os datos facilitados directamente polo afectado. O responsable ou encargado están obrigados a pólos ao día de forma que respondan con veracidade á situación actual do afectado.

G) O principio de licitude do dato.

O tratamento debe ser realizado de forma leal e lícita: iso é tanto como dicir que está prohibida a recollida de datos por medios fraudulentos, desleais ou ilícitos, e, se así se fai, o ficheiro será ilegal.

H) Principio de acceso ao dato.

Os datos de carácter persoal deben estar almacenados de forma que permitan o exercicio do dereito de acceso, mentres non proceda legalmente a súa cancelación.

I) Principio de vida útil do dato.

Os datos de carácter persoal deben ser cancelados cando deixen de ser necesarios ou pertinentes para a finalidade para a cal fosen solicitados ou rexistrados. Polo tanto, non deben ser conservados en forma que permita a identificación do interesado durante un período superior ao necesario para cuxos fins fosen solicitados ou rexistrados.

2.2. Os dereitos dos interesados

A) Caracterización xeral

Como se tivo ocasión de sinalar, a LOPD outórgalles aos titulares de datos persoais que foron obxecto de tratamento un amplo catálogo de dereitos sobre estes, coa finalidade principal de que poidan velar polo cumprimento dos principios descritos no apartado anterior.

De entrada, os dereitos recoñecidos pola LOPD só poden ser exercidos polo afectado ou interesado, quen ten a obriga de acreditar, de xeito que faga fe, a súa identidade fronte ao responsable do ficheiro respecto do cal exercita os seus dereitos. Se o interesado fose menor de idade ou se atopase nunha situación de incapacidade, podería exercitar os seus dereitos por medio do seu representante legal.

Non obstante, o art. 23.2 RPDCP admite expresamente o exercicio dos dereitos considerados na LOPD a través dun representante voluntario, designado expresamente para o efecto, caso en que deberá constar claramente acreditada a identidade do representado e a representación coa que actúa.

Así mesmo, debe terse en conta que o art. 2.4 LOPD permite que as persoas achegadas poidan exercitar o dereito de cancelación dos datos dunha persoa xa falecida, a pesar de que o falecemento determinaría a exclusión do ámbito subxectivo de aplicación da lexislación de protección de datos.

En canto ao modo en que se deben exercitar os dereitos, o responsable do tratamento debe posibilitar ese exercicio facilitándolles aos titulares un medio sinxelo e gratuíto. Por regra xeral, para exercitar os seus dereitos, o interesado debe dirixirlle un escrito ao responsable do ficheiro, por calquera medio que acredite a súa recepción, cos seus datos persoais e indicación do dereito que se exercita e, se é o caso, os motivos polo que se interesa e a documentación acreditativa da súa demanda. Así mesmo, tamén se admite o exercicio dos dereitos a través dos servizos de atención ao público do responsable do ficheiro.

O responsable do tratamento ten a obriga de atender a solicitude de exercicio dos dereitos, aínda que se presente utilizando un procedemento distinto do establecido

especificamente para o efecto por aquel, debendo contestar expresamente as solicitudes, sen que se poida admitir en ningún caso a desestimación tácita das reclamacións.

Se o interesado intenta exercitar algún dos seus dereitos e non recibe —ao seu xuízo— a contestación axeitada, pode solicitar a tutela da AEPD, que instruirá o correspondente procedemento de tutela de dereitos.

Por último, en relación cos dereitos dos interesados, cómpre ter en conta que no marco dos ficheiros de titularidade pública se consideran certas singularidades que afectan, sobre todo, aos ficheiros das Forzas e Corpos de Seguridade e aos ficheiros da Facenda Pública (cfr. arts. 22 e 23 LOPD).

B) Dereito de acceso (cfr. art. 15 LOPD e arts. 27 a 30 RPDCP)

O dereito de acceso permítelle a unha persoa solicitar e obter gratuitamente información de se os seus propios datos están a ser obxecto de tratamento, a finalidade do tratamento que, de ser o caso, se estea a realizar, así como a información sobre a orixe de tales datos e as comunicacións realizadas ou previstas destes.

A información pode obterse coa mera consulta dos datos mediante a súa visualización, ou a indicación dos datos obxecto de tratamento mediante escrito, copia, telecopia ou fotocopia, certificada ou non, de forma lexible, sen utilizar claves ou códigos que requiran o uso de dispositivos mecánicos específicos.

O dereito de acceso só se pode exercitar a intervalos non inferiores a doce meses, agás interese lexítimo, e o responsable do tratamento unicamente pode denegar o acceso aos datos cando así o dispoña unha lei. Tamén cabe a denegación do acceso cando se observe que o solicitante actúa en contra do principio de boa fe. Así o recoñeceu o TS nunha ampla xurisprudencia.

C) Dereito de rectificación (cfr. art. 16 LOPD e arts. 31 a 33 RPDCP)

Calquera persoa ten dereito a dirixirse ao responsable dun ficheiro para que modifique os datos inexactos ou incompletos. Este dereito é consecuencia do principio de calidade, na virtude da cal só poden ser obxecto de tratamento os datos que reflectan con exactitude a realidade.

Na solicitude de rectificación, o interesado debe indicar o dato que se considera

erróneo ou incompleto e a corrección que se debe realizar, achegando para o efecto a documentación xustificativa.

En caso de acceder á solicitude, o responsable do ficheiro debe proceder á rectificación instada polo interesado. Para o caso de que os datos fosen cedidos a un terceiro, o responsable deberá notificarlle ao destinatario a rectificación practicada.

D) Dereito de cancelación (cfr. art. 16 LOPD e arts. 31 a 33 RPDGP)

Calquera persoa ten dereito a dirixirse ao responsable dun ficheiro para que elimine os datos inadecuados ou excesivos. Este dereito deriva igualmente do principio de calidade, en virtude do cal só poden ser obxecto de tratamento os datos axeitados ou pertinentes á finalidade coa que foron solicitados.

Se o responsable do ficheiro accede á solicitude de cancelación, deberá absterse de seguir utilizando os datos do interesado. A cancelación supón, en primeiro termo, o bloqueo dos datos, procedemento que consiste na conservación destes para facer fronte a posibles responsabilidades nadas do tratamento, de forma que os datos bloqueados non poidan ser consultados por ningunha persoa, agás polas administracións públicas, xuíces e tribunais, con competencia na materia. Unha vez que prescriban esas responsabilidades, o responsable do ficheiro eliminará os datos obxecto de cancelación.

E) Dereito de oposición (cfr. art. 30.4 LOPD e arts. 34 a 36 RPDGP)

Calquera persoa pode oporse a que os seus datos persoais sexan obxecto de tratamento, pois —como é sabido— o tratamento de datos require, por regra xeral, o consentimento do interesado.

O dereito de oposición pode exercitarse de dous modos. Por un lado, nos supostos en que é preciso o consentimento do interesado, o dereito de oposición exercítase con carácter previo ao tratamento, manifestando a súa oposición a este.

Pero, por outro lado, tamén cabe a posibilidade de que o dereito de oposición teña que exercitarse a posteriori, como sucede nos supostos en que a LOPD permite o tratamento de datos persoais, sen necesidade de solicitar o consentimento do interesado (por exemplo, porque o interesado facilitou os seus datos no marco dunha relación xurídica co responsable do ficheiro).

Nestes casos de exercicio a posteriori, o interesado só poderá oporse ao tratamento dos seus datos se concorre un motivo lexítimo e fundado, referido a unha concreta circunstancia persoal que o xustifique.

O responsable do ficheiro poderá denegar o exercicio do dereito de oposición, independentemente dos motivos particulares alegados polo interesado, cando unha lei autorice o tratamento dos datos.

Por último, os interesados tamén poden oporse ao tratamento dos seus datos para evitar que se adopte unha decisión respecto da súa persoa que se basee unicamente nun tratamento automatizado de datos destinado a avaliar determinados aspectos da súa personalidade, tales como o seu rendemento laboral, crédito, fiabilidade ou conduta (art. 36 RPDGP).

O dereito débese exercitarse mediante solicitude dirixida ao responsable do ficheiro.

F) Dereito de exclusión (cfr. art. 28 LOPD e art. 51 RPDGP)

O interesado pode, a posteriori, oporse a determinados tratamentos dos seus datos, sen necesidade de alegar un motivo lexítimo, facultade que recibe a denominación de «dereito de exclusión».

O dereito de exclusión circunscríbese aos tratamentos de datos con fins publicitarios e á inclusión de datos persoais en guías de teléfonos, respecto dos cales, como dicimos, cabe solicitar a eliminación dos datos sen causa xusta.

G) Dereito de indemnización (art. 19)

É o dereito a ser indemnizados dos que, como consecuencia do incumprimento do disposto na LOPD polo responsable ou encargado do tratamento, sofren un dano ou unha lesión nos seus bens ou dereitos. Cando se trata de ficheiros de titularidade pública, a responsabilidade debe exixirse de acordo coa lexislación reguladora do réxime de responsabilidade das administracións públicas, que hoxe se atopa na Lei 30/1992, do 26 de novembro. Nos casos de ficheiros de titularidade privada, a acción débese executar ante os órganos da xurisdición ordinaria.

H) Adaptacións dos dereitos dos interesados no ámbito de determinados ficheiros de titularidade pública

En relación cos dereitos dos interesados no marco dos ficheiros das Forzas e Corpos de Seguridade, por un lado, e da Facenda Pública, por outro, a LOPD considera certas singularidades (arts. 22 e 23 LOPD).

Así, os responsables dos ficheiros das Forzas e Corpos de Seguridade poderán denegar o acceso, a rectificación ou cancelación en función dos perigos que puidesen derivar para a defensa do Estado ou a seguridade pública, a protección dos dereitos e liberdades de terceiros ou as necesidades das investigacións que se estean a realizar (art. 23.1 LOPD). De igual modo, os responsables dos ficheiros da Facenda Pública poderán denegar o exercicio dos dereitos mencionados cando este obstaculice as actuacións administrativas tendentes a asegurar o cumprimento das obrigas tributarias e, en todo caso, cando o afectado estea a ser obxecto de actuacións inspectoras (art. 23.2 LOPD).

En tales supostos, a persoa á que se lle denegue, total ou parcialmente, o exercicio dos dereitos mencionados poderao pór en coñecemento do director da AEPD ou, se é o caso, do organismo competente de cada Comunidade Autónoma —no caso de ficheiros mantidos por corpos de policía propios destas ou polas administracións tributarias autonómicas—, que deberán asegurarse da procedencia ou improcedencia da denegación.

Ademais, tratándose dos ficheiros das Forzas e Corpos de Seguridade, considérase expresamente a obriga de proceder á cancelación dos datos persoais rexistrados "cando non sexan necesarios para as indagacións que motivaron o seu almacenamento. Para estes efectos, considerarase especialmente a idade do afectado e o carácter dos datos almacenados, a necesidade de manter os datos ata a conclusión dunha investigación ou procedemento concreto, a resolución xudicial firme, en especial a absolutoria, o indulto, a rehabilitación e a prescrición de responsabilidade" (art. 22.4 LOPD).

3. A AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

3.1. Introducción

De acordo co disposto no art. 28 da Directiva 95/46/CE, o artigo 16 do Tratado de Funcionamento da UE e o artigo 8 da Carta de dereitos fundamentais da UE, os Estados membros deberían dispor que unha ou máis autoridades públicas se encargasen de vixiar a aplicación no seu territorio das disposicións adoptadas por eles en aplicación da citada directiva. Así mesmo, no referido artigo establecíase que estas autoridades públicas terían

atribuída a potestade de supervisión e sanción.

Polo que respecta a España, a función de supervisión do cumprimento dos mandatos establecidos na LOPD correspóndelle á AEPD. Con todo, debe advertirse que xunto á AEPD, con competencias a nivel nacional, se crearon tamén as axencias de Madrid e Cataluña, con competencias a nivel autonómico. As normas que regulan a composición da AEPD, o seu funcionamento e competencias son a LOPD, o Real decreto 428/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Estatuto da AEPD; o Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba o regulamento de desenvolvemento da LOPD; e, supletoriamente, a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento común administrativo, e a Lei 6/1997, do 14 de abril de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, cuxa disposición adicional 10.^a establece o réxime xurídico de determinados entes públicos entre os que se atopa a AEPD. No relativo ao seu réxime patrimonial, réxese pola Lei 33/2003, de patrimonio das administracións públicas, e, no relativo á contratación, réxese polo texto refundido da Lei de contratos do sector público.

Segundo a mencionada normativa, a AEPD, caracterízase por ser un ente de dereito público (hoxe coa categoría de axencia estatal, conforme a Lei 28/2006, do 18 de xullo) con personalidade xurídica propia e plena capacidade pública e privada. Por todo iso, a AEPD actúa con independencia das demais administracións públicas no exercicio das súas funcións. No exercicio das súas funcións públicas, a AEPD actúa de conformidade coa Lei 30/1992, do 26 de novembro.

Estrutura de AEPD:

Polo que se refire á estrutura orgánica da AEPD, cabería destacar os tres seguintes órganos: o director da AEPD, o Consello Consultivo e a Subdirección Xeral do Rexistro Xeral de Protección de Datos (conta, ademais, cunha Secretaría Xeral, unha Subdirección de Inspección de datos, cun adxunto ao director, un Gabinete Xurídico, unha Área Internacional e un gabinete de Prensa).

O director da AEPD, cuxo nomeamento é realizado polo Goberno por proposta do ministro de Xustiza entre os membros do Consello Consultivo, é o encargado da dirección da axencia e exerce a súa representación. Durante o seu mandato, que terá unha duración

de 4 anos, exercerá as súas funcións con plena independencia e obxectividade e non estará suxeito a instrución ningunha.

Pola súa banda, o Consello Consultivo, nomeado tamén polo Goberno, é un órgano colexiado de asesoramento do director e ten por labor emitir os informes nas cuestións que aquel lle someta e formular propostas en temas relacionados coas materias de competencia da AEPD. En canto á súa composición, o Consello Consultivo estaría integrado polos seguintes membros: un deputado, un senador, un representante da Administración xeral do Estado, un representante da Administración local, un membro da Real Academia da Historia, un experto na materia, un responsable dos usuarios e consumidores, un representante das comunidades autónomas con axencia propia e un representante do sector de ficheiros privados. Con carácter preceptivo, o órgano consultivo debe reunirse polo menos unha vez cada seis meses.

Finalmente, o Rexistro Xeral de Protección de Datos, adscrito a unha subdirección xeral, é o órgano da AEPD ao que lle corresponde velar pola publicidade da existencia dos ficheiros automatizados de datos de carácter persoal. E iso con miras a facer posible o exercicio dos dereitos de información, acceso, rectificación e cancelación dos datos de carácter persoal. Nel deberánse inscribir: a) Os ficheiros de que sexan titulares as administracións públicas; b) Os ficheiros de titularidade privada; c) As autorizacións a que se refire a LOPD, e d) Os datos relativos aos ficheiros que sexan necesarios para o exercicio dos dereitos de información, acceso, rectificación, cancelación e oposición.

3.3. As funcións da AEPD: especial mención á potestade inspectora

Entre as funcións que competen á AEPD, cabe destacar, de entrada, a función xeral de velar polo cumprimento da lexislación sobre a protección de datos, así como a función de control da súa aplicación, en especial no relativo aos dereitos de información, acceso, rectificación, oposición e cancelación dos datos contidos nos ficheiros. Concretamente, en relación con este último aspecto, á AEPD correspóndelle atender as peticións e reclamacións dos afectados, así como informalos dos seus dereitos cando se lle requira.

Así mesmo, para a consecución da súa función principal ou xenérica, a AEPD debe promover campañas de difusión nos medios, destinadas a informar os cidadáns dos seus dereitos en materia de protección de datos. Estas campañas son financiadas cos fondos

obtidos das sancións que se impoñen polo incumprimento das disposicións da LOPD.

Xunto a esta función de información e asesoramento ao afectado, a AEPD é o organismo encargado de emitir as autorizacións previstas na lei —*v. gr.* concesión de inscrición dun ficheiro ou transferencia internacional de datos—. A AEPD ten atribuída, ademais, a potestade inspectora e sancionadora; de aí que sexa a encargada de velar polo cumprimento das normas en materia de protección de datos e, en caso de incumprimento, a ela compételle adoptar as medidas necesarias para pór fin á situación de ilegalidade.

Entre as súas múltiples funcións, á AEPD correspóndelle intervir na elaboración das normas que atinxen á protección de datos. Neste sentido, a AEPD participa da súa elaboración realizando un labor de información dos proxectos das normas de desenvolvemento da LOPD —*v. gr.* Regulamento de desenvolvemento da LOPD— ou doutros proxectos que incidan na materia de protección de datos de carácter persoal —*v. gr.* normas sobre consumo ou seguridade cidadá.

A AEPD ocúpase tamén de ditar instrucións e recomendacións en materia de seguridade e control de acceso aos ficheiros, así como das relativas á adecuación dos tratamentos de datos á LOPD.

Non debe deixar de mencionarse entre as súas múltiples funcións as competencias da AEPD para actuar como representante de España nos foros internacionais que afecten á protección de datos, á súa capacidade de control e a observancia do disposto na lei reguladora da función estatística pública ou o seu labor de elaboración da Memoria Anual que o ministro de Xustiza debe presentar nas Cortes mediante conduto.

Con todo, e sen restar importancia ás funcións xa mencionadas, ha de destacarse de entre as tarefas encomendados á AEPD os labores de control, supervisión e sanción.

En canto á potestade de control e inspección, esta considérase de maneira singularizada no art. 40 da LOPD, de acordo coa cal as autoridades de control poderán inspeccionar os ficheiros aos que fai referencia a lei e solicitar cantas informacións precisen para o cumprimento dos seus labores. Para iso, poderán solicitar a exhibición ou o envío de documentos e datos e examinalos no lugar en que se atopen depositados, ou ben inspeccionar os equipos físicos e lóxicos utilizados para o tratamento dos datos, accedendo aos locais onde estean instalados.

Así mesmo, do texto do art. 40 LOPD dedúcese que os funcionarios que exerzan a inspección terán a consideración de autoridade pública. Os labores de inspección deben estar expresamente autorizados polo director da AEPD e poden ser de dous tipos: os sectoriais e os que se inician como consecuencia das reclamacións concretas dos particulares ou por orde do director.

Unha vez finalizada a inspección, os funcionarios deben redactar a pertinente acta de inspección, que funciona a xeito de presunción *iuris tantum*; suficiente, polo tanto, para destruír o principio de presunción de inocencia.

3.4. A potestade sancionadora: as infraccións e sancións en materia de protección de datos

Xunto á potestade inspectora, e como consecuencia derivada dela, á AEPD atribúeselle a potestade sancionadora. Por tal potestade debe entenderse a competencia da axencia para impor sancións cando, tras as inspeccións, se comproba a comisión dalgunha das infraccións recollidas na LOPD.

Segundo o art. 44 da LOPD, as infraccións poden ser leves, graves ou moi graves. Da súa comisión responderán os responsables dos ficheiros —públicos ou privados—, así como os encargados dos tratamentos de datos, art. 43 LOPD. A relación de infraccións permítenos coñecer o que está prohibido na xestión dos datos persoais e, ademais, dános unha perfecta idea de que condutas son as máis graves e, en consecuencia supoñen unha vulneración máis intensa do dereito fundamental de protección de datos de carácter persoal.

En canto ás sancións, o mesmo que as infraccións, poderán ser consideradas como leves, graves ou moi graves. A sanción prevista será a multa, fixando a norma a contía máxima e mínima. Á AEPD correspóndelle establecer o importe da multa entre o máximo e o mínimo fixado pola norma, atendendo ás circunstancias que rodean ao feito —dereito afectado, dano e perda causado. Cando o feito cometido sexa constitutivo dunha infracción moi grave, a AEPD poderá facer uso da potestade de inmovilización dos ficheiros, tanto se estes son de titularidade pública como privada.

Ademais da imposición da multa, e cando se trate de ficheiros de titularidade pública, o director da AEPD poderá propor a iniciación de actuacións disciplinarias, se

procedese. O procedemento e as sancións a aplicar serán as establecidas na lexislación sobre o réxime disciplinario das administracións públicas.

Á súa vez, o afectado polo incumprimento da normativa en materia de protección de datos pode solicitar que o indemnicen polos prexuízos que se lle puidesen ocasionar. En tal caso, a indemnización fixarase, segundo o establecido na lexislación reguladora do réxime de responsabilidade da Administración pública —se se trata de ficheiros de titularidade pública— ou determinarana os órganos da xurisdición ordinaria cando se trate de ficheiros de titularidade privada.

A imposición dunha sanción require que se leve a cabo a tramitación dun procedemento sancionador, o cal aparece integramente regulado no Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba o regulamento de desenvolvemento da LOPD (cfr. arts. 120 e ss.).

A resolución adoptada pola AEPD esgota a vía administrativa e contra ela cabe recurso ante a Audiencia Nacional.

3.5. Entidades das comunidades autónomas equivalentes á Axencia Española de Protección de Datos.

As comunidades autónomas poden crear tamén entidades equivalentes á Axencia Española de Protección de Datos en relación cos ficheiros de titularidade pública creados ou xestionados por elas ou pola Administración local do seu ámbito territorial.

Estas entidades considéranse autoridades de control, e a elas garánteselles a mesma plena independencia e obxectividade no exercicio do seu labor que á Axencia Española de Protección de Datos.

Tamén poden as comunidades autónomas crear e manter os seus propios rexistros de ficheiros para o exercicio das súas competencias que se lles recoñece sobre estes.

Crearon a súa respectiva axencia: a) A Comunidade de Madrid, mediante a Lei 13/1995, derogada pola Lei 8/2001; b) Cataluña, mediante a Lei 5/2002, substituída pola Lei 32/2010; e c) País Vasco, mediante a lei 2/2004.

Estatutos de autonomía reformados recentemente, como o catalán (artigo 31) ou o de Castela-León, prevén expresamente a existencia dunha autoridade independente,

designada polo Parlamento, ou a posible creación dunha axencia autonómica, respectivamente.

Todas estas autoridades autonómicas só poden exercer as súas competencias sobre ficheiros de titularidade pública creados polas administracións das comunidades autónomas ou polas entidades locais, así como polos organismos dependentes destas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., Comentario al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008; APARICIO SALOM, J., C, 3.^a ed., Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009; GARCÍA CACHAFEIRO, F., LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A. e SOUTO GARCÍA, E., «Contexto normativo e conceptual da protección de datos de carácter persoal», en AA.VV., *A protección de datos de carácter persoal*, Deputación de Lugo-UDC, Lugo, 2010, pp. 13-71; INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, *La protección de datos de carácter personal*; RUIZ CARRILLO, A., *Manual práctico de protección de datos*, Bosch, Barcelona, 2005; SANTOS GARCÍA, D., *Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos*, Tecnos, Madrid, 2005.

**FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO
MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ
EVA M.^a SOUTO GARCÍA**

**TEMA MODIFICADO POR ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO
LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA**

TEMA 10

**A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:
NORMATIVA BÁSICA ESTATAL E NORMATIVA
DE DESENVOLVEMENTO NA COMUNIDADE
AUTÓNOMA DE GALICIA. O ÓRGANO
ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL A
COMPETENCIA. OS ÓRGANOS COLEXIADOS NA
LEXISLACIÓN ESTATAL E AUTONÓMICA.
ABSTENCIÓN E RECUSACIÓN.**

TEMA 10. A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL E NORMATIVA DE DESENVOLVEMENTO NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. O ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL A COMPETENCIA. OS ÓRGANOS COLEXIADOS NA LEXISLACIÓN ESTATAL E AUTONÓMICA. ABSTENCIÓN E RECUSACIÓN.

I. A ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL E NORMATIVA DE DESENVOLVEMENTO NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.

1. NORMATIVA APLICABLE

De conformidade co establecido no artigo 149.1.18 da Constitución española, correspóndelle ao Estado a competencia exclusiva para ditar as bases do réxime xurídico das administracións públicas, expresión que, de acordo co disposto no fundamento xurídico 38 da sentenza do Tribunal Constitucional 76/1983, do 5 de agosto, non se refire exclusivamente ao procedemento e ao réxime de recursos, senón tamén á regulación da organización de todas as administracións públicas. Por outra parte, dado que, como se acaba de sinalar, a delimitación do réxime xurídico das administracións públicas segue o esquema "bases máis desenvolvemento", as comunidades autónomas poden ditar as súas propias normas sempre que o seu contido se axuste á normativa básica estatal.

Ao abeiro dese título competencial, o Estado regulou, con carácter básico, o réxime xurídico dos órganos das administracións públicas no título preliminar da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Pola súa banda, a comunidade autónoma de Galicia aprobou no seu día a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, en cuxo título I, capítulo I (artigos 4 a 22), se desenvolve a regulación básica estatal relativa ao réxime xurídico dos órganos das administracións públicas (a vixente con anterioridade á Lei 40/2015, é dicir, a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común).

2. PRINCIPIOS DA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

- Na normativa básica estatal

De acordo co artigo 3.3 da Lei 40/2015, baixo a dirección do Goberno da Nación, dos órganos de goberno das comunidades autónomas e das correspondentes das entidades locais, a actuación da administración pública respectiva desenvólvese para alcanzar os obxectivos que establecen as leis e o resto do ordenamento xurídico. O apartado 1 deste artigo, despois de reiterar case literalmente o enunciado do artigo 103.1 da Constitución (as administracións públicas serven con obxectividade os intereses xerais e actúan de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á Constitución, á lei e ao dereito), engade que as administracións públicas deberán respectar na súa actuación e relacións os seguintes principios:

- Servizo efectivo aos cidadáns.
- Simplicidade, claridade e proximidade aos cidadáns.
- Participación, obxectividade e transparencia da actuación administrativa.
- Racionalización e axilidade dos procedementos administrativos e das actividades materiais de xestión.
- Boa fe, confianza lexítima e lealdade institucional.
- Responsabilidade pola xestión pública.
- Planificación e dirección por obxectivos e control da xestión e avaliación dos resultados das políticas públicas.
- Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados.
- Economía, suficiencia e adecuación estrita dos medios aos fins institucionais.
- Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.
- Cooperación, colaboración e coordinación entre as administracións públicas.

- *Na normativa de desenvolvemento da Comunidade Autónoma de Galicia*

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo co establecido no artigo 4 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, baixo a dirección da Xunta, e as entidades integrantes do sector público autonómico serven con obxectividade os intereses xerais e actúan con sometemento pleno á Constitución, ao estatuto de autonomía, á lei e ao resto do ordenamento xurídico. As potestades e competencias administrativas que teñen atribuídas polo ordenamento xurídico a Administración xeral e as entidades que integran o sector público autonómico determinan a súa capacidade de obrar.

A organización e a actividade da Administración xeral e das entidades que integran o sector público autonómico, segundo o disposto no artigo 4.3 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, responden ao principio de división funcional e na súa organización observaranse os seguintes principios:

- Xerarquía.
- Descentralización.
- Desconcentración.
- Coordinación.
- Eficacia e eficiencia.
- Simplificación, claridade, boa fe, imparcialidade, confianza lexítima e proximidade aos cidadáns.

II. O ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL A COMPETENCIA

1. CONCEPTO DE ÓRGANO ADMINISTRATIVO. CREACIÓN DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

De acordo co artigo 5.1 da Lei 40/2015, terán a consideración de órganos administrativos as unidades administrativas ás que se lles atribúan funcións que teñan efectos xurídicos

fronte a terceiros, ou cuxa actuación teña carácter preceptivo. A cada administración pública correspóndelle delimitar, no seu propio ámbito competencial, as unidades administrativas que configuran os órganos administrativos propios das especialidades derivadas da súa organización.

Non poderán crearse novos órganos que supoñan duplicación doutros xa existentes se ao mesmo tempo non se suprime ou restrinxo debidamente a competencia destes. Para este obxecto, a creación dun novo órgano só terá lugar logo de comprobar que non existe outro na mesma administración pública que desenvolva igual función sobre o mesmo territorio e poboación

A creación de calquera órgano administrativo esixirá o cumprimento dos seguintes requisitos:

- A determinación da súa forma de integración na administración pública de que se trate e a súa dependencia xerárquica.
- A delimitación das súas funcións e competencias.
- A dotación dos créditos necesarios para a súa posta en marcha e funcionamento.

2. RELACIÓNS INTERORGÁNICAS: OS PRINCIPIOS DE XERARQUÍA E COMPETENCIA

- Principio de xerarquía

Conforme ao artigo 6 da Lei 40/2015, os órganos administrativos poderán dirixir as actividades dos seus órganos xerarquicamente dependentes mediante instrucións e ordes de servizo.

Cando unha disposición específica así o estableza, ou se estime conveniente por razón dos destinatarios ou dos efectos que poidan producirse, as instrucións e ordes de servizo publicaranse no boletín oficial que corresponda, sen prexuízo da súa difusión de acordo co previsto na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

O incumprimento das instrucións ou ordes de servizo non lle afecta por si só á validez dos actos ditados polos órganos administrativos, sen prexuízo da responsabilidade disciplinaria en que se poida incorrer.

- Especificidades dos órganos consultivos

De acordo co artigo 7 da Lei 40/2015, a administración consultiva poderá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica e funcional con respecto á administración activa, ou a través dos servizos desta última que prestan asistencia xurídica. En tal caso, os devanditos servizos non poderán estar suxeitos á dependencia xerárquica, xa sexa orgánica ou funcional, nin recibir instrucións, directrices ou calquera clase de indicación dos órganos que elaborasen as disposicións ou producise os actos obxecto de consulta, actuando para cumprir con tales garantías de forma colexiada.

Pola súa banda, o artigo 22 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia ocúpase dos órganos colexiados consultivos, dispoñendo que os órganos colexiados da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia cuxas funcións sexan exclusiva ou principalmente emitir informes ou propostas, asesorar ou resolver consultas se denominarán consellos.

Así mesmo, con carácter departamental ou interdepartamental poderanse crear consellos asesores. A composición e as funcións destes consellos determinaranse nas normas de creación respectivas e os seus informes non terán carácter vinculante, salvo disposición legal en sentido contrario.

- Principio de competencia

Doutrinalmente, a competencia administrativa defínese como o conxunto de funcións e potestades que o ordenamento xurídico lle atribúe a cada ente ou, dentro destes, a cada órgano administrativo, e que determina a medida da súa capacidade, é dicir, o que pode e o que non pode facer en dereito. Dito doutra forma, sen competencia, os entes e os órganos administrativos non poden actuar validamente.

Neste sentido, o artigo 47.1.b) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, dispón que son nulos de pleno dereito

os actos ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio. O resto dos actos viciados de incompetencia son anulables, sen prexuízo de que sexa posible a súa validación polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado (artigo 52.3 de Lei 39/2015).

Segundo o artigo 8 da Lei 40/2015, a competencia é irrenunciable e exercerase polos órganos administrativos que a teñan atribuída como propia, salvo os casos de delegación ou advocación.

A delegación de competencias, as encomendas de xestión, a delegación de sinatura e a suplencia non supoñen alteración da titularidade da competencia, aínda que si dos elementos determinantes do seu exercicio que en cada caso se prevé.

A titularidade e o exercicio das competencias atribuídas aos órganos administrativos poderán ser desconcentradas noutros xerarquicamente dependentes daqueles nos termos e cos requisitos que prevexan as propias normas de atribución de competencias.

Se algunha disposición atribúe a competencia a unha administración, sen especificar o órgano que debe exercela, entenderase que a facultade de instruír e resolver os expedientes correspóndelles aos órganos inferiores competentes por razón da materia e do territorio. Se existise máis dun órgano inferior competente por razón de materia e territorio, a facultade para instruír e resolver os expedientes corresponderalles ao superior xerárquico común destes.

Para o ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, estas mesmas regras están recollidas no artigo 5 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia. O apartado 5 deste artigo engade que os órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia estenden a súa competencia a todo o territorio da comunidade autónoma, salvo indicación en sentido contrario das normas aplicables.

3. RELACIÓNS INTERORGÁNICAS: ALTERACIÓNS NO EXERCICIO DA COMPETENCIA DOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

- Delegación de competencias

De acordo co artigo 9 da Lei 40/2015, os órganos das diferentes administracións públicas poderán delegar o exercicio das competencias que teñan atribuídas noutros órganos da mesma administración, aínda cando non sexan xerarquicamente dependentes, ou nos organismos públicos ou entidades de dereito público vinculados ou dependentes daquelas.

En ningún caso poderán ser obxecto de delegación as competencias relativas a:

- Os asuntos que se refiran a relacións coa xefatura do Estado, a presidencia do Goberno da Nación, as Cortes Xerais, as presidencias dos consellos de goberno das comunidades autónomas e as asembleas lexislativas das comunidades autónomas.
- A adopción de disposicións de carácter xeral.
- A resolución de recursos nos órganos administrativos que ditasen os actos obxecto de recurso.
- As materias en que así se determine por norma con rango de lei.
- Así mesmo, salvo autorización expresa dunha lei, non poderán delegarse as competencias que se exerzan por delegación.

En cambio, non constitúe impedimento para que poida delegarse a competencia para resolver un procedemento a circunstancia de que a norma reguladora deste prevexa, como trámite preceptivo, a emisión dun ditame ou informe; non obstante, non poderá delegarse a competencia para resolver un procedemento unha vez que no correspondente procedemento se emita un ditame ou informe preceptivo acerca deste.

En canto aos requisitos xerais destas delegacións, son os seguintes:

- As delegacións de competencias e a súa revogación deberán publicarse no *Boletín Oficial do Estado*, no da comunidade autónoma ou no da provincia, segundo a administración á que pertenza o órgano delegante, e o ámbito territorial de

competencia deste.

- O acordo de delegación daquelas competencias atribuídas a órganos colexiados para cuxo exercicio se requira un quórum ou maioría especial deberá adoptarse observando, en todo caso, o devandito quórum ou maioría.
- As resolucións administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia e consideraranse ditadas polo órgano delegante.

Por último, a delegación será revogable en calquera momento polo órgano que a conferise.

Para o ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 6 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia prevé que o exercicio das competencias cuxa titularidade lles corresponda a órganos da Administración autonómica poderá ser delegado noutros órganos da propia Administración autonómica ou dalgunha entidade integrante do sector público autonómico e establece os requisitos especiais seguintes:

- Cando entre os órganos delegante e delegado non exista relación xerárquica e pertencen á mesma consellaría, será necesaria a aprobación previa do órgano superior común. Se delegante e delegado non pertencen á mesma consellería, requirirase a autorización da persoa titular da consellería á que pertence o órgano delegado.
- En caso de que un órgano da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia delegue o exercicio de competencias nun órgano dunha entidade instrumental do sector autonómico, tal delegación deberá previamente ser aprobada, se os houber, polos órganos dos que dependan o órgano delegante e o órgano delegado, salvo que o delegante sexa o titular da consellería de adscrición da entidade instrumental, caso en que abondará coa decisión deste.

Aos supostos en que a lexislación básica estatal non permite a delegación engádese o dos asuntos que deban ser sometidos a acordo da Xunta de Galicia, sen prexuízo das competencias do Consello da Xunta cuxo exercicio se lles atribúa ás súas comisións

delegadas, así como o dos asuntos que se refiran ás relacións institucionais coa Unión Europea.

No ámbito autonómico, as delegacións de competencias e a súa revogación, ademais de publicarse no *Diario Oficial de Galicia*, deberán figurar de forma permanente e accesible na páxina web institucional da consellería ou do órgano delegante. Así mesmo, os actos e resolucións administrativas ditados por delegación non só farán constar esta circunstancia, senón tamén o número e data de publicación da delegación no *Diario Oficial de Galicia*.

- *Advocación*

O artigo 10 da Lei 40/2015 establece que os órganos superiores poderán avocar para si o coñecemento dun ou varios asuntos cuxa resolución lles corresponda ordinariamente ou por delegación aos seus órganos administrativos dependentes, cando circunstancias de índole técnica, económica, social, xurídica ou territorial o fagan conveniente.

Nos supostos de delegación de competencias en órganos non dependentes xerarquicamente, o coñecemento dun asunto poderá ser avocado unicamente polo órgano delegante.

En todo caso, a advocación realizarase mediante acordo motivado que deberá serlles notificado aos interesados no procedemento, se os houbese, con anterioridade ou simultaneamente á resolución final que se dite.

Contra o acordo de advocación non caberá recurso, aínda que poderá impugnarse no que, se é o caso, se interpoña contra a resolución do procedemento.

Para o ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, a única especialidade que prevé o artigo 7 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia consiste en que a advocación, salvo que sexa acordada por un membro da Xunta de Galicia, deberá ser posta tamén en coñecemento do superior xerárquico do órgano avocante.

- *Encomendas de xestión*

Segundo o artigo 11 da Lei 40/2015, a realización de actividades de carácter material ou

técnico da competencia dos órganos administrativos ou das entidades de dereito público poderá ser encomendada a outros órganos ou entidades de dereito público desta ou de distinta administración, sempre que entre as súas competencias estean esas actividades, por razóns de eficacia ou cando non se posúan os medios técnicos idóneos para o seu desempeño.

As encomendas de xestión non poderán ter por obxecto prestacións propias dos contratos regulados na lexislación de contratos do sector público. En tal caso, a súa natureza e réxime xurídico axustarase ao previsto nesta.

A encomenda de xestión non supón cesión da titularidade da competencia nin dos elementos substantivos do seu exercicio, sendo responsabilidade do órgano ou entidade encomendante ditar cantos actos ou resolucións de carácter xurídico dean soporte ou nos que se integre a concreta actividade material obxecto de encomenda.

En todo caso, a entidade ou órgano encomendado terá a condición de encargado do tratamento dos datos de carácter persoal aos que puidese ter acceso en execución da encomenda de xestión, séndolle de aplicación o disposto na normativa de protección de datos de carácter persoal.

A formalización das encomendas de xestión axustarase ás seguintes regras:

- Cando a encomenda de xestión se realice entre órganos administrativos ou entidades de dereito público pertencentes á mesma administración deberá formalizarse nos termos que estableza a súa normativa propia e, no seu defecto, por acordo expreso dos órganos ou entidades de dereito público intervenientes. En todo caso, o instrumento de formalización da encomenda de xestión e a súa resolución deberá ser publicada, para a súa eficacia, no *Boletín Oficial do Estado*, no boletín oficial da comunidade autónoma ou no da provincia, segundo a administración á que pertenza o órgano encomendante.

Cada administración poderá regular os requisitos necesarios para a validez de tales acordos que incluirán, polo menos, expresa mención da actividade ou actividades ás que lle afecten, o prazo de vixencia e a natureza e alcance da xestión

encomendada.

- Cando a encomenda de xestión se realice entre órganos e entidades de dereito público de distintas administracións formalizarase mediante a sinatura do correspondente convenio entre elas, que deberá ser publicado no *Boletín Oficial do Estado*, no boletín oficial da comunidade autónoma ou no da provincia, segundo a administración á que pertenza o órgano encomendante, salvo no suposto da xestión ordinaria dos servizos das comunidades autónomas polas deputacións provinciais ou, se é o caso, cabidos ou consellos insulares, que se rexerá pola lexislación de réxime local.

Pola súa parte, a Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia distingue os dous tipos de encomendas de xestión dos que fala a lexislación básica estatal, e establece os seguintes requisitos para cada unha deles:

- Encomenda de xestión intrasubxectiva (artigo 8). É a que se lle realiza a outros órganos da mesma administración ou entidade. A encomenda de xestión a órganos pertencentes á mesma consellería deberá ser autorizada pola persoa titular da consellería correspondente. Para a encomenda de xestión a órganos pertencentes a diferente consellería ou dependentes de diferente consellería será precisa a autorización do Consello da Xunta. A encomenda de xestión intrasubxectiva formalizarase por medio da resolución de autorización e dos acordos que se asinen entre os órganos correspondentes unha vez autorizada a encomenda de xestión, e deberá ser publicada no *Diario Oficial de Galicia* co contido mínimo seguinte:

- Actividade ou actividades a que se refira.
- Natureza e alcance da xestión encomendada.
- Prazo de vixencia e supostos en que proceda a finalización anticipada da encomenda ou a súa prórroga.

Así mesmo, tamén deberán ser publicadas as sucesivas prórrogas da encomenda que, se é o caso, se asinen.

A encomenda de xestión publicárase na páxina web institucional dos órganos intervinientes, para efectos informativos.

- Encomenda de xestión intersubxectiva entre administracións públicas e entidades públicas (artigo 9). A encomenda de xestión tamén se poderá levar a cabo entre órganos pertencentes a distintas administracións e entidades públicas, pertenczan ou non ao sector público autonómico, coa condición de que concorra algunha das seguintes circunstancias:

- Que o órgano que realice a actividade encomendada o faga a título gratuíto.
- Que a entidade que vaia desenvolver a actividade encomendada poida ser considerada como medio propio ou servizo técnico da entidade encomendante.
- Que, polo seu obxecto, a súa causa ou outra circunstancia xuridicamente relevante, non teña a natureza de contrato suxeito á Lei de contratos do sector público.

A encomenda de xestión intersubxectiva articularase por medio de convenios interadministrativos de colaboración. Non obstante, no caso de que a entidade á que pertence o órgano que vaia realizar a encomenda teña a consideración de medio propio e servizo técnico da entidade á que pertence o encomendante, a encomenda instrumentarase por medio de resolución da consellería de adscrición da entidade.

Para a súa efectividade, o instrumento en que se formalice a encomenda de xestión intersubxectiva deberá ser publicado no *Diario Oficial de Galicia* co contido mínimo previsto no artigo 8.

A encomenda de xestión de actividades e servizos que sexan competencia doutras administracións públicas en favor de órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou entes públicos do sector público autonómico requirirá a aceptación previa do Consello da Xunta e será formalizada mediante a

sinatura do correspondente convenio.

Distintas das encomendas de xestión no sentido da lexislación estatal son as encomendas a outras entidades reguladas no artigo 10 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia. De acordo con este precepto, poderá encargarse a realización de tarefas a entidades de dereito privado que reúnan a condición de medio propio da administración ou entidade pública encomendante mediante resolución unilateral do órgano que se determine conforme ao artigo 47 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia.

Así mesmo, poderá encargarse a realización de tarefas a outras persoas físicas ou xurídicas de dereito privado por medio de convenios sempre que se respecten os contidos e límites da lexislación básica sobre contratación do sector público. Por medio de tales convenios de colaboración non se lles poderán encargar a estas persoas físicas ou xurídicas privadas actividades que, segundo a lexislación vixente, teñan que realizarse con suxeición ao dereito administrativo.

- Delegación de sinatura

Prevé o artigo 12 da Lei 40/2015 que os titulares dos órganos administrativos poderán, en materias da súa competencia, que posúan, ben por atribución, ben por delegación de competencias, delegar a sinatura das súas resolucións e actos administrativos nos titulares dos órganos ou unidades administrativas que deles dependan, dentro dos límites sinalados no artigo 9 da propia lei para a delegación de competencia.

A delegación de sinatura non alterará a competencia do órgano delegante e para a súa validez non será necesaria a súa publicación, pero nas resolucións e actos que se asinen por delegación farase constar esta circunstancia e a autoridade de procedencia.

Para o ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 11 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público de Galicia regula a delegación de sinaturas en termos case idénticos á normativa básica estatal, e deberán sinalarse tres particularidades:

- Non se prevé a delegación de sinatura en materias que se posúan por delegación de competencias, senón só en "materias da súa propia competencia".
- A sinatura deberá ir precedida da expresión "por delegación de sinatura", con indicación do cargo que autoriza e do órgano autorizado.
- Recóllese a prohibición de delegación de sinatura nas resolucións de carácter sancionador que establecía a Lei 30/1992.

- *Suplencia*

De acordo co artigo 13 da Lei 40/2015, na forma que dispoña cada administración pública, os titulares dos órganos administrativos poderán ser suplidos temporalmente nos supostos de vacante, ausencia ou enfermidade, así como nos casos en que fose declarada a súa abstención ou recusación. Se non se designa suplente, a competencia do órgano administrativo exercerase por quen designe o órgano administrativo inmediato superior de quen dependa.

A suplencia non implicará alteración da competencia e para a súa validez non será necesaria a súa publicación, pero nas resolucións e actos que se diten mediante suplencia farase constar esta circunstancia e especificarase o titular do órgano en cuxa suplencia se adoptan e quen efectivamente está a exercer esta suplencia.

O artigo 12 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia prevé para o ámbito autonómico que a designación do suplente lle corresponderá ao órgano competente para o nomeamento do titular do órgano.

4. RELACIÓNS INTERORGÁNICAS: DECISIÓNS SOBRE COMPETENCIA. CONFLITOS DE ATRIBUCIÓNS

De acordo no artigo 14 da Lei 40/2015, o órgano administrativo que se considere incompetente para a resolución dun asunto remitirá directamente as actuacións ao órgano que considere competente, debendo notificarlles esta circunstancia aos interesados. Pola súa banda, os interesados que sexan parte no procedemento poderán dirixirse ao órgano

que se encontre coñecendo dun asunto para que decline a súa competencia e remita as actuacións ao órgano competente (declinatoria de competencia). Así mesmo, poderán dirixirse ao órgano que consideren competente para que requira de inhibición ao que estea a coñecer do asunto (inhibitoria de competencia).

Os conflitos de atribucións só poderán suscitarse entre órganos dunha mesma administración non relacionados xerarquicamente, e respecto a asuntos sobre os que non finalizase o procedemento administrativo.

Sobre estes últimos, o artigo 13 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia sinala que os conflitos de atribucións positivos ou negativos entre órganos dunha mesma consellería serán resoltos polo superior xerárquico común no prazo de dez días hábiles sen que caiba ningún recurso, aplicándose o seguinte procedemento:

- Nos conflitos positivos, o órgano que se considere competente requirirá de inhibición a aquel que coñeza do asunto, o cal suspenderá o procedemento por un prazo de dez días hábiles. Se dentro deste prazo acepta o requirimento, remitiralle o expediente ao órgano que o tivese formulado. En caso de considerarse competente, remitiralle deseguido as actuacións ao superior xerárquico común.
- Nos conflitos negativos, o órgano que se considere incompetente remitiralle as actuacións ao órgano que considere competente, que decidirá no prazo de dez días hábiles, e este, en caso de considerarse incompetente, remitiralle deseguido o expediente co seu informe ao superior xerárquico común.

Pola súa banda, os conflitos de atribucións entre diferentes consellerías serán resoltos por acordo asinado conxuntamente polas propias persoas titulares das consellerías afectadas. En caso de discrepancia, darase traslado ao Consello da Xunta de Galicia, que resolverá no prazo de dez días, sen que contra a súa decisión caiba ningún recurso.

III. OS ÓRGANOS COLEXIADOS NA LEXISLACIÓN ESTATAL E AUTONÓMICA

1. OS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS COLEXIADOS NA LEXISLACIÓN BÁSICA ESTATAL

- Réxime xurídico

O artigo 15 da Lei 40/2015 sinala que o réxime xurídico dos órganos colexiados se axustará ás normas contidas nesa sección desta (sección 3.^a do capítulo II do título preliminar), sen prexuízo das peculiaridades organizativas das administracións públicas en que se integran. A disposición adicional vixésimo primeira matiza que estas normas non serán de aplicación aos órganos colexiados do Goberno da Nación, os órganos colexiados de goberno das comunidades autónomas e os órganos colexiados de goberno das entidades locais.

Os órganos colexiados das distintas administracións públicas en que participen organizacións representativas de intereses sociais, así como aqueles compostos por representacións de distintas administracións públicas, contén ou non con participación de organizacións representativas de intereses sociais, poderán establecer ou completar as súas propias normas de funcionamento. Este tipo de órganos colexiados quedarán integrados na administración pública que corresponda, aínda que sen participar na estrutura xerárquica desta, salvo que así o establezan as súas normas de creación, se desprenda das súas funcións ou da propia natureza do órgano colexiado.

O acordo de creación e as normas de funcionamento dos órganos colexiados que diten resolucións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros deberán ser publicados no boletín ou diario oficial da administración pública en que se integran. Adicionalmente, as administracións poderán publicalos noutros medios de difusión que garantan o seu coñecemento. Cando se trate dun órgano colexiado en que participen organizacións representativas de intereses sociais ou composto por representacións de distintas administracións públicas, a citada publicidade realizarase pola administración a quen lle corresponda a presidencia.

- O secretario

O artigo 16 da Lei 40/2015 regula con carácter básico a figura do secretario dos órganos colexios. Este precepto ordena que os órganos colexiados teñan un secretario, que poderá ser un membro do propio órgano ou unha persoa ao servizo da administración pública correspondente. En caso de que o secretario non membro sexa suplido por un membro do órgano colexiado, este conservará todos os seus dereitos como tal.

Ao secretario correspóndelle velar pola legalidade formal e material das actuacións do órgano colexiado, certificar as actuacións deste e garantir que os procedementos e regras de constitución e adopción de acordos son respectadas.

- Funcionamento

O artigo 17 da Lei 40/2015 establece as seguintes normas básicas sobre o funcionamento dos órganos colexiados:

- Funcionamento presencial ou a distancia. Todos os órganos colexiados poderanse constituír, convocar, celebrar as súas sesións, adoptar acordos e remitir actas tanto de forma presencial coma a distancia, salvo que o seu regulamento interno recolla expresa e excepcionalmente o contrario.

Nas sesións que celebren os órganos colexiados a distancia, os seus membros poderán encontrarse en distintos lugares sempre e cando se asegure por medios electrónicos, considerándose tamén tales os telefónicos, e audiovisuais, a identidade dos membros ou persoas que os suplan, o contido das súas manifestacións, o momento en que estas se producen, así como a interactividade e intercomunicación entre eles en tempo real e a dispoñibilidade dos medios durante a sesión. Entre outros, consideraranse incluídos entre os medios electrónicos válidos, o correo electrónico, as audioconferencias e as videoconferencias.

- Quórum. Para a válida constitución do órgano, para os efectos da celebración de sesións, deliberacións e toma de acordos, requirirase a asistencia, presencial ou a distancia, do presidente e secretario ou se é o caso, dos que lles suplan, e a da metade, polo menos, dos seus membros.

Cando se trate dos órganos colexiados en que participen organizacións representativas de intereses sociais ou compostos por representacións de distintas administracións públicas, o presidente poderá considerar validamente constituído o órgano, para os efectos de celebración de sesión, se asisten os representantes das administracións públicas e das organizacións representativas de intereses sociais membros do órgano aos que se atribúe a condición de voceiros.

Cando estivesen reunidos, de xeito presencial ou a distancia, o secretario e todos os membros do órgano colexiado, ou se é o caso as persoas que os suplan, estes poderán constituírse validamente como órgano colexiado para a celebración de sesións, deliberacións e adopción de acordos sen necesidade de convocatoria previa cando así o decidan todos os seus membros.

Os órganos colexiados poderán establecer o réxime propio de convocatorias, se este non está previsto polas súas normas de funcionamento. Tal réxime poderá prever unha segunda convocatoria e especificar para esta o número de membros necesarios para constituír validamente o órgano.

- Convocatoria das sesións. Salvo que non resulte posible, as convocatorias seranlles remitidas aos membros do órgano colexiado a través de medios electrónicos, facendo constar nesta a orde do día xunto coa documentación necesaria para a súa deliberación cando sexa posible, as condicións nas que se vai celebrar a sesión, o sistema de conexión e, se é o caso, os lugares en que estean dispoñibles os medios técnicos necesarios para asistir e participar na reunión.

- Adopción de acordos. Non poderá ser obxecto de deliberación ou acordo ningún asunto que non figure incluído na orde do día, salvo que asistan todos os membros do órgano colexiado e sexa declarada a urxencia do asunto polo voto favorable da maioría.

Os acordos serán adoptados por maioría de votos. Cando se asista a distancia, os acordos entenderanse adoptados no lugar onde teña a sede o órgano colexiado e, no seu defecto, onde estea situada a presidencia.

Cando os membros do órgano voten en contra ou se absteñan, quedarán exentos da responsabilidade que, se é o caso, poida derivarse dos acordos.

- Certificacións dos acordos. Os que acrediten a titularidade dun interese lexítimo poderán dirixirse ao secretario dun órgano colexiado para que lles sexa expedida a certificación dos seus acordos. A certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que o interesado manifeste expresamente o contrario e non teña obriga de relacionarse coas administracións por esta vía.

- *Actas*

O artigo 18 da Lei 40/2015 establece que de cada sesión que celebre o órgano colexiado o secretario redactará unha acta na que especificará, necesariamente, os asistentes, a orde do día da reunión, as circunstancias do lugar e tempo en que se celebrou, os puntos principais das deliberacións, así como o contido dos acordos adoptados.

Poderán gravarse as sesións que celebre o órgano colexiado. O ficheiro resultante da gravación, xunto coa certificación expedida polo secretario da autenticidade e integridade deste, e cantos documentos en soporte electrónico se utilizaran como documentos da sesión, poderán acompañar a acta das sesións, sen necesidade de facer constar nela os puntos principais das deliberacións.

A acta de cada sesión poderá aprobarse na mesma reunión ou na inmediata seguinte. O secretario elaborará a acta co visto e prace do presidente e remitirállela a través de medios electrónicos, aos membros do órgano colexiado, os que poderán manifestar polos mesmos medios a súa conformidade ou reparos ao texto, para os efectos da súa aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada na mesma reunión.

Cando se optase pola gravación das sesións celebradas ou pola utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garanta a integridade e autenticidade dos ficheiros electrónicos correspondentes e o acceso a estes por parte dos membros do órgano colexiado.

2. OS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS COLEXIADOS NA LEXISLACIÓN BÁSICA AUTONÓMICA GALEGA

- Réxime xurídico

De acordo co disposto no artigo 14 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, os órganos colexiados réxense pola lexislación básica sobre réxime xurídico das administracións públicas, a lexislación específica aplicable, as normas contidas nesta sección da lei e os seus regulamentos de réxime interior.

Tal como establece a lexislación básica estatal, os órganos colexiados das distintas administracións públicas en que participen organizacións representativas de intereses sociais, así como aqueles compostos por representacións de distintas administracións públicas, contén ou non con participación de organizacións representativas de intereses sociais, poderán establecer ou completar as súas propias normas de funcionamento. Igualmente, hai que ter en conta que as normas contidas nesta sección da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia non serán de aplicación ao Consello da Xunta nin ás súas comisións delegadas.

- Requisitos de creación

A constitución dun órgano colexiado, de conformidade co disposto no artigo 15 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, terá como presuposto indispensable a determinación dos seguintes extremos na súa norma de creación:

- Os seus fins e obxectivos.
- A súa integración administrativa ou dependencia xerárquica.
- A composición e os criterios para a designación da persoa titular da súa presidencia e dos restantes membros.
- As funcións de decisión, proposta, asesoramento, seguimento e control, así como calquera outra que se lle atribúa.

- A dotación dos créditos necesarios, se é o caso, para o seu funcionamento.

- *Presidencia*

En cada órgano colexiado, segundo o establecido no artigo 16 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, correspóndelle ao presidente:

- Desempeñar a representación do órgano.
- Acordar a convocatoria das sesións ordinarias e extraordinarias e a fixación da orde do día, tendo en conta, se é o caso, as peticións dos demais membros formuladas coa suficiente antelación.
- Presidir as sesións, moderar o desenvolvemento dos debates e suspendelos por causas xustificadas.
- Dirimir co seu voto os empates, para os efectos de adoptar acordos, salvo que se trate dos órganos colexiados en que participen organizacións representativas de intereses sociais, así como daqueles compostos por representacións da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e doutras administracións públicas, contén ou non con participación de organizacións representativas de intereses sociais, en que o voto será dirimente se así o establecen as súas propias normas.
- Asegurar o cumprimento das leis.
- Visar as actas e certificacións dos acordos do órgano.
- Exercer cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición de presidente do órgano.

A persoa que exerza a presidencia sempre terá a condición de membro do órgano colexiado.

En casos de vacante, ausencia, enfermidade ou outra causa legal, o presidente será substituído polo vicepresidente, se o houbese, e, na súa falta, polo membro do órgano

colexiado de maior xerarquía, antigüidade e idade, por esta orde, de entre os seus compoñentes.

Esta norma non lle será de aplicación aos órganos colexiados en que participen organizacións representativas de intereses sociais, nin tampouco a aqueles compostos por representacións da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e outras administracións públicas, contén ou non con participación de organizacións representativas de intereses sociais, en que o réxime de substitución do presidente debe estar especificamente regulado en cada caso, ou establecido expresamente por acordo do pleno do órgano colexiado.

- Membros

En cada órgano colexiado correspóndelles aos seus membros, segundo o artigo 17 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia:

- Recibir, cunha antelación mínima de corenta e oito horas, a convocatoria que conteña a orde do día das reunións. A información sobre os temas que figuren na orde do día estará á disposición dos membros coa antelación referida.
- Participar nos debates das sesións.
- Exercer o seu dereito ao voto e formular o seu voto particular, así como expresar o sentido do seu voto e os motivos que o xustifican.
- Non se abster nas votacións aqueles que pola súa calidade de autoridades ou persoal ao servizo das administracións públicas teñan a condición de membros de órganos colexiados.
- Formular rogos e preguntas.
- Obter a información precisa para cumprir as funcións asignadas.
- Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición.

Os membros dun órgano colexiado non poderán atribuírse as funcións de representación

recoñecidas a este, salvo que expresamente lles serían outorgadas por unha norma ou por acordo validamente adoptado, para cada caso concreto, polo propio órgano.

En caso de ausencia ou de enfermidade e, en xeral, cando concorra algunha causa xustificada, os membros titulares do órgano colexiado serán substituídos polos seus suplentes, se os houbese.

Cando se trate de órganos colexiados en que participen organizacións representativas de intereses sociais, así como daqueles compostos por representacións da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e doutras administracións públicas, contén ou non con participación de organizacións representativas de intereses sociais, estas poderán substituír os seus membros titulares por outros, acreditarlos ante a secretaría do órgano colexiado, e respectar as reservas e limitacións que establezan as súas normas de organización.

- Secretaría

Os órganos colexiados, segundo o disposto no artigo 18 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, terán un secretario, que poderá ser un membro do propio órgano ou un empregado público ao servizo da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou da entidade pública en que se integre o órgano de que se trate.

A designación e o cesamento, así como a substitución temporal da persoa que exerza a secretaría en supostos de vacante, ausencia ou enfermidade, realizaranse segundo o disposto nas normas específicas de cada órgano e, na súa falta, por acordo deste.

Correspóndelle ao secretario do órgano colexiado:

- Asistir ás reunións, con voz pero sen voto, se non é membro do órgano, e con voz e voto, se é membro deste.
- Efectuar a convocatoria das sesións do órgano por orde da súa presidencia, así como as citacións aos seus membros.
- Recibir os actos de comunicación dos membros co órgano e, polo tanto, as

notificacións, peticións de datos, rectificacións ou calquera outra clase de escritos da que deba ter coñecemento.

- Preparar o despacho dos asuntos e redactar e autorizar as actas das sesións.
- Expedir certificacións das consultas, ditames e acordos aprobados.
- Cantas outras funcións sexan inherentes á súa condición de secretario.

- Convocatoria e sesións. Uso de medios electrónicos

En materia de convocatoria e sesións, o artigo 19 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia recolle as regras xa expostas da lexislación básica estatal na materia, engadindo o artigo 21 a regulación do uso de medios electrónicos para as convocatorias, a constitución e a adopción de acordos e a aprobación das actas, nos termos seguintes:

- A convocatoria poderá efectuarse por medio do correo electrónico sempre que se cumpran os seguintes requisitos:
 - O sistema de notificación electrónica permitirá acreditar a data e hora en que se produza a posta á disposición do interesado da convocatoria notificada, así como a de acceso ao seu contido, momento a partir do cal a notificación se entenderá practicada para todos os efectos legais; en todo caso, presumirase que a notificación se produciu polo transcurso de 24 horas, excluindo sábados, domingos e festivos, dende a posta á disposición do interesado da convocatoria notificada, salvo que, de oficio ou a instancia do destinatario, se comprobe a imposibilidade técnica ou material do acceso.
 - Todos os membros do órgano colexiado que teñan a condición de cargo público ou empregado público da administración da que forme parte o devandito órgano serán notificados non seu enderezo electrónico institucional correspondente. O resto dos membros dos órganos colexiados serán notificados electronicamente no enderezo de correo electrónico que sinalen para ese efecto.

- Os membros dun órgano colexiado poderán validamente ser convocados para que a sesión se celebre en varios lugares simultaneamente, sempre que os medios técnicos permitan o normal desenvolvemento da sesión e o respecto dos dereitos dos membros. Unha vez constituído o órgano, a persoa que exerza a súa presidencia designará, para cada un dos lugares onde non se encontre fisicamente o secretario, un dos membros asistentes para que o auxilie nas súas funcións.
- As actas das sesións dos órganos colexiados poderán ser aprobadas por vía telemática, despois de que lles sexan remitidas aos seus membros ao seu enderezo electrónico.

- *Actas*

De acordo co establecido no artigo 20 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, de cada sesión que celebre o órgano colexiado o secretario levantará acta, que especificará necesariamente os asistentes, a orde do día da reunión, as circunstancias do lugar e tempo en que se celebrou, os puntos principais das deliberacións, así como o contido dos acordos adoptados.

Na acta figurará, por solicitude dos respectivos membros do órgano, o voto contrario ao acordo adoptado, a súa abstención e os motivos que a xustifiquen ou o sentido do seu voto favorable. Así mesmo, calquera membro ten dereito a solicitar a transcripción íntegra da súa intervención ou proposta, sempre que se refira a algún dos puntos da orde do día e achegue no acto, ou no prazo que sinala o presidente, o texto que se corresponda fielmente coa súa intervención, facéndose constar así na acta ou uníndose unha copia a esta.

Os membros que discrepen do acordo maioritario poderán formular un voto particular por escrito no prazo de corenta e oito horas contado dende o momento en que o presidente dea por finalizada a sesión, que se incorporará ao texto aprobado.

Cando os membros do órgano voten en contra ou se absteñan, quedarán exentos da responsabilidade que, se é o caso, poida derivarse dos acordos.

As actas aprobaranse nesta ou na seguinte sesión; non obstante, o secretario poderá emitir unha certificación sobre os acordos específicos que se adoptasen, sen prexuízo da ulterior aprobación da acta.

Nas certificacións de acordos adoptados emitidas con anterioridade á aprobación da acta farase constar expresamente tal circunstancia.

IV. ABSTENCIÓN E RECUSACIÓN.

- Abstención

De acordo co artigo 23 da Lei 40/2015, as autoridades e o persoal ao servizo das administracións nos que se dean algunhas das circunstancias sinaladas a continuación absteranse de intervir no procedemento e comunicaranllo ao seu superior inmediato, quen resolverá o procedente. Son motivos de abstención os seguintes:

- Ter interese persoal no asunto de que se trate ou noutro en cuxa resolución puidese influír a daquel; ser administrador de sociedade ou entidade interesada, ou ter cuestión litixiosa pendente con algún interesado.
- Ter un vínculo matrimonial ou situación de feito asimilable e o parentesco de consanguinidade dentro do cuarto grao ou de afinidade dentro do segundo, con calquera dos interesados, cos administradores de entidades ou sociedades interesadas e tamén cos asesores, representantes legais ou mandatarios que interveñan no procedemento, así como compartir despacho profesional ou estar asociado con estes para o asesoramento, a representación ou o mandato.
- Ter amizade íntima ou inimidade manifesta con algunha das persoas mencionadas no apartado anterior.
- Intervir como perito ou como testemuña no procedemento de que se trate.
- Ter relación de servizo con persoa natural ou xurídica interesada directamente no asunto, ou prestarlle nos dous últimos anos servizos profesionais de calquera tipo e en calquera circunstancia ou lugar.

Os órganos xerarquicamente superiores a quen se encontre nalgunha das circunstancias sinaladas no punto anterior poderán ordenarlle que se absteñan de toda intervención no expediente.

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, aínda que a non abstención nos casos en que concorra algunha desas circunstancias dará lugar á responsabilidade que proceda. Pola contra, o artigo 76 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, establece que a actuación dos membros das corporacións locais nos casos en que concorra algún dos motivos de abstención a que se refire a lexislación de procedemento administrativo e contratos das administracións públicas implicará, cando sexa determinante, a invalidez dos actos en que interviñesen.

- Recusación

O artigo 24 da Lei 40/2015 prevé que, nos casos en que concorra algún motivo de abstención, poderá promoverse recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento.

A recusación formularase por escrito no que se expresará a causa ou causas en que se funda e se tramitará da seguinte forma:

- No día seguinte o recusado manifestará ao seu inmediato superior se se dá ou non nel a causa alegada.
- No primeiro caso, se o superior aprecia a concorrencia da causa de recusación, acordará a súa substitución deseguido.
- Se o recusado nega a causa de recusación, o superior resolverá no prazo de tres días, logo dos informes e comprobacións que considere oportunos.

Contra as resolucións adoptadas nesta materia non caberá recurso, sen prexuízo da posibilidade de alegar a recusación ao interpoñer o recurso que proceda contra o acto que poña fin ao procedemento.

BIBLIOGRAFÍA

Gallego Anabitarte, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000.

Carbonell Porras, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 40-41, 1984.

TEMA 11

O ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E CLASES. ELEMENTOS DO ACTO ADMINISTRATIVO: SUXEITO, OBXECTO, CAUSA, FIN E FORMA. NOTIFICACIÓN E PUBLICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

TEMA 11. O ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E CLASES. ELEMENTOS DO ACTO ADMINISTRATIVO: SUXEITO, OBXECTO, CAUSA, FIN E FORMA. NOTIFICACIÓN E PUBLICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

I. O ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E CLASES

1. CONCEPTO

Segundo a García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, pódese definir o acto administrativo como a declaración de vontade, de xuízo, de coñecemento ou de desexo realizada pola Administración en exercicio dunha potestade administrativa distinta da regulamentaria.

Da definición transcrita extráense os seguintes caracteres do acto administrativo:

- Trátase, en primeiro lugar, dunha declaración, é dicir, da manifestación dunha actividade intelectual e non dunha mera actuación material.
- En segundo lugar, o contido da declaración pode consistir nunha decisión (declaración de vontade), nunha opinión expresada mediante un informe ou ditame (declaración de xuízo), nunha certificación (declaración de coñecemento) ou nunha proposta (declaración de desexo).
- En terceiro lugar, esa declaración debe provir dunha administración pública; os actos xurídicos dos particulares nas súas relacións coa Administración non son actos administrativos (solicitudes, recursos, comunicacións previas, declaracións responsables...). Non obstante, cabe a posibilidade de que suxeitos de natureza xurídico-privada diten verdadeiros actos administrativos, se o ordenamento xurídico lles atribúe o exercicio dunha potestade administrativa.

A declaración é realizada unilateralmente pola Administración pública, a diferenza do que acontece cos convenios e contratos administrativos, que teñen carácter bilateral. Determinados actos administrativos teñen como presuposto unha previa manifestación de vontade do administrado, pero non perden por iso o seu carácter unilateral.

Non son actos administrativos os actos provenientes de órganos constitucionais que non son administracións públicas, aínda que estean sometidos ao control dos órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativo, nin os actos que o Goberno dita na súa calidade de titular do Poder executivo e non como órgano administrativo (actos políticos do Goberno).

- Por último, a declaración intelectual en que consiste o acto administrativo é sempre o resultado do exercicio dunha potestade atribuída polo ordenamento xurídico á Administración pública, de acordo co principio de vinculación positiva desta última á legalidade. Por conseguinte, non son actos administrativos os actos xurídicos que a Administración realiza como un particular máis, sen estar investida das prerrogativas que lle son propias (actos privados da Administración). A fiscalización destes actos lévase a cabo pola orde xurisdiccional civil. En cambio, si son actos administrativos os actos xurídicos que dita a Administración en exercicio dunha potestade e que producen efectos na esfera xurídico-privada (por exemplo, no estado civil das persoas ou en dereitos civís en xeral), aínda que sexan fiscalizados pola orde xurisdiccional civil, como pasa no caso da chamada Administración pública do dereito privado.

Esa potestade ha de ser, ademais, distinta da regulamentaria. Iso permite distinguir os verdadeiros actos administrativos das disposicións administrativas de carácter xeral, ditadas pola Administración e, así, mentres estas últimas innovan o Ordenamento xurídico e co paso do tempo se consolidan, os primeiros aplícanos esgotándose na súa aplicación.

2. CLASES

Existen moi distintas clasificacións dos actos administrativos. Entre as principais, pola súa relevancia xurídico-práctica, poden mencionarse as seguintes.

- Actos expresos, tácitos e presuntos. Nos actos expresos a declaración de vontade, xuízo, coñecemento ou desexo exteriorízase por medio da palabra, oral ou escrita. Nos actos tácitos a declaración exteriorízase a través dunha conduta administrativa positiva, da que se deduce a vontade do órgano que a realiza. Por último, os actos

presuntos son os que nacen do silencio administrativo positivo, é dicir, daqueles supostos en que, por ministerio da lei, a falta de notificación no prazo establecido da resolución expresa nun procedemento administrativo iniciado por solicitude do interesado equivale para todos os efectos a unha estimación desa solicitude (artigo 24.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas).

- Actos regulados e discrecionais. Esta clasificación baséase no tipo de potestade que usase a Administración para ditar o acto en cuestión.
- Actos externos e internos. Actos externos son os que teñen como destinatario un suxeito distinto á administración que os ditou, e que pode ser un administrado ou outra administración pública. Actos internos son os que se dirixen a un órgano da mesma administración os que os dita.
- Actos decisorios e non decisorios. A distinción entre actos decisorios e non decisorios baséase no contido da declaración intelectual en que consiste todo acto administrativo. Se é unha declaración de vontade, fálase de acto decisorio; se é unha declaración doutro tipo (xuízo, coñecemento ou desexo), estaremos ante un acto non decisorio.
- Actos favorables ou declarativos de dereitos e actos desfavorables ou de gravame. A distinción entre actos favorables ou declarativos de dereito e actos desfavorables ou de gravame só se aplica aos actos decisorios externos. Os actos favorables ou declarativos de dereitos son os que amplían a esfera xurídica dos seus destinatarios. A súa revogación suxéitase a límites ríxidos (artigos 106 e 107 da Lei 39/2015) e poden ter efectos retroactivos (artigo 39.3). Os actos desfavorables ou de gravame son os que restrinxen a esfera xurídica dos seus destinatarios. A súa revogación en principio é libre (artigo 109.1 da Lei 39/2015), non poden ter efectos retroactivos e deben ser motivados (artigo 35.1.a).
- Actos resolutorios e actos de trámite. Actos resolutorios ou resolucións son os que poñen fin ao procedemento administrativo resolvendo sobre o fondo do asunto, mentres que os actos de trámite son meros pasos dentro do procedemento. Os

actos de trámite só se poden impugnar autonomamente cando deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, imposibilitan a continuación do procedemento ou causan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos (artigo 112.1 da Lei 39/2015).

- Actos que poñen fin á vía administrativa (definitivos en vía administrativa ou que causan estado en vía administrativa) e actos que non poñen fin a esta. Os actos que poñen fin á vía administrativa esgotan a vía administrativa, polo que poden ser impugnados directamente ante os tribunais. Con carácter xeral, son as resolucións dos recursos de alzada e dos procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje que substitúen o recurso de alzada, as resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario, os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento, a resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial e a resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora (artigo 114.1 da Lei 39/2015). Os actos que non poñen fin á vía administrativa, en cambio, non pechan a vía administrativa. Hai que presentar un recurso administrativo contra eles para poder logo acudir ante os tribunais.

- Actos firmes e actos que non gañaron firmeza. Actos firmes son os que non se poden recorrer porque o interesado deixou pasar o prazo para facelo sen interpoñer o correspondente recurso ou porque o recurso que se podía interpoñer se desestimou. Actos que non gañaron firmeza son aqueles que aínda se poden recorrer por estar aberto o prazo para facelo ou que se recorreron sen que de momento se resolvese a impugnación. A firmeza pode ser na vía administrativa ou na vía xudicial.

- Actos orixinarios e confirmatorios. Os actos orixinarios resollen por primeira vez un asunto concreto; os actos confirmatorios reproducen outros actos anteriores sobre o mesmo asunto e caracterízanse por que non son recorribles (artigo 28 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa).

- Actos xerais, singulares e plúrimos. Actos xerais son os que teñen como destinataria a unha pluralidade indeterminada de persoas. Por iso, deben ser publicados (artigo 45.1.a) da Lei 39/2015). Actos singulares son os que teñen un destinatario ou destinatario concretos. En principio, notifícanse e non se publican. Actos plúrimos son grupos de actos singulares que se publican conxuntamente (artigo 36.3 da Lei 39/2015). Cada un dos actos singulares que os forman conservan a súa independencia e impúgnanse de xeito separado, sen que a súa anulación lles afecte necesariamente aos demais.

II. ELEMENTOS DO ACTO ADMINISTRATIVO: SUXEITO, OBXECTO, CAUSA, FIN E FORMA

1. SUXEITO

Os actos administrativos só poden ser ditados validamente pola administración que teña atribuída a potestade correspondente, e dentro dela, polo órgano competente material, territorial e xerarquicamente.

De acordo co artigo 2.3 da Lei 39/2015, 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 vinculados ou dependentes das administracións públicas. Ademais, poden ditar actos administrativos a universidades públicas, as corporacións de dereito público, cando exerzan as funcións públicas que lles fosen atribuídas por lei ou delegada por unha administración pública, e as entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas cando exerzan potestades administrativas.

Aspecto fundamental do elemento subxectivo dos actos é a competencia, que se define doutrinalmente como o conxunto de funcións e potestades que o ordenamento xurídico lle atribúe a cada ente ou, dentro destes, a cada órgano administrativo, e que determina a medida da súa capacidade, é dicir, o que pode e o que non pode facer en dereito. De acordo co artigo 34 da Lei 39/2015, os actos administrativos que diten as administracións públicas, ben de oficio ou a instancia do interesado, produciranse polo órgano competente axustándose aos requisitos e ao procedemento establecido.

A competencia vén asignada polo ordenamento xurídico a cada órgano e, como sinala o artigo da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, é irrenunciable e exercerase polos órganos administrativos que a teñan atribuída como propia, salvo os casos de delegación ou advocación.

Distínguense tres tipos de competencia:

- A competencia territorial, ou por razón do territorio.
- A competencia material, ou por razón da materia.
- A competencia xerárquica, ou por razón do grao.

Neste sentido, o artigo 47.1.b) da Lei 39/2015 dispón que son nulos de pleno dereito os actos ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio. O resto dos actos viciados de incompetencia son anulables, sen prexuízo de que sexa posible a súa validación polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado (artigo 52.3 de Lei 39/2015).

Por último, o titular do órgano competente ten que estar validamente nomeado e estar no pleno exercicio das súas funcións. Non obstante, sobre a base dos principios da boa fe e a seguridade xurídica pódese chegar a admitir a validez de actos emitidos por persoas nas que non concorre este requisito (funcionarios de feito).

No caso dos órganos colexiados, téñense que respectar as regras sobre constitución e funcionamento destes. Son nulos de pleno dereito os actos ditados prescindindo das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados (artigo 47.1.e). Non obstante, de acordo coa xurisprudencia, os defectos no nomeamento ou os vicios da vontade que lles afecten a membros concretos dun órgano colexiado só invalidan o acto emitido cando ao prescindir do voto ou votos desas persoas se variase o resultado da votación da que é produto aquel.

2. OBXECTO

O obxecto do acto administrativo é o contido deste. Partindo da definición de acto administrativo, o obxecto deste é a declaración de vontade, xuízo, coñecemento ou

desexo en que o acto consiste. A declaración de vontade pode ir acompañada de elementos accidentais (condición, termo ou modo), se o acto non é o resultado do exercicio dunha potestade totalmente regulada.

De acordo co artigo 34.2 da Lei 39/2015, o contido dos actos axustarase ao disposto polo ordenamento xurídico e será determinado e axeitado aos fins daqueles. Pero, ademais, o contido debe cumprir outros dous requisitos:

- Ser posible, pois acto de contido imposible é nulo de pleno dereito, en virtude do artigo 47.1.c) da Lei 39/2015.
- Ser lícito, pois o artigo 47.1.d) da Lei 39/2015 declara que tamén son nulos de pleno dereito os actos administrativos que sexan constitutivos de infracción penal.

3. CAUSA E FIN

Por causa enténdese a finalidade para a que se dita o acto. Terá que ser sempre un fin de interese público que xustifique o exercicio da potestade no caso concreto e haberá de coincidir co fin típico da devandita potestade. Se non se produce tal coincidencia, atoparémonos ante un suposto de desviación de poder.

Neste sentido, o artigo 106.2 da Constitución prevé que os tribunais controlan a potestade regulamentaria e a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican. O artigo 48.1 da Lei 39/2015 establece que son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder, e esta última é definida polo artigo 70.2 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, como o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico.

A desaparición *a posteriori* da causa pode provocar a invalidez sobrevida do acto.

A causa exteriorízase formalmente a través da motivación do acto. Certos actos deben motivarse obrigatoriamente, para facilitar o control destes e a defensa dos interesados; nestes casos, a motivación considérase parte do contido e non da forma do acto. Segundo o artigo 35.3 da Lei 39/2015, é necesario motivar con sucinta referencia de feitos e

fundamentos de dereito os seguintes actos administrativos:

- Os actos que limiten dereitos subxectivos ou intereses lexítimos.
- 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 non admisión.
- Os actos que se separen do criterio seguido en actuacións precedentes ou do ditame de órganos consultivos.
- Os acordos de suspensión de actos, calquera que sexa o motivo desta, así como a adopción de medidas provisionais previstas no artigo 56 da Lei 39/2015.
- Os acordos de aplicación da tramitación de urxencia, de ampliación de prazos e de realización de actuacións complementarias.
- Os actos que rexeiten probas propostas polos interesados.
- Os actos que acorden a terminación do procedemento pola imposibilidade material de continualo por causas sobrevidas, así como os que acorden a desistencia pola Administración en procedementos iniciados de oficio.
- As propostas de resolución nos procedementos de carácter sancionador, así como os actos que resolvan procedementos de carácter sancionador ou de responsabilidade patrimonial.
- Os actos que se diten no exercicio de potestades discrecionais, así como os que deban selo en virtude de disposición legal ou regulamentaria expresa.

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, debendo, en todo caso, quedar acreditados no procedemento os fundamentos da resolución que se adopte.

Ademais, hai que ter en conta que, de acordo co artigo 88.6 da Lei 39/2015, a aceptación de informes ou ditames servirá de motivación á resolución cando se incorporen ao texto

desta.

A relevancia constitucional deste requisito dos actos administrativos e, polo tanto, a posibilidade de acceder ao recurso de amparo por vulneración do artigo 24 da Constitución, foi analizada polo Tribunal Constitucional no fundamento xurídico 2 da súa sentenza número 17/2009, do 26 de xaneiro, onde se di:

"En consecuencia, a pretendida vulneración do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva que se lles imputa ás resolucións administrativas impugnadas en amparo debe ser rexeitada, sen que lle corresponda a este tribunal pronunciarse sobre a suficiencia ou insuficiencia de motivación das devanditas resolucións. Pois, «fronte á regra xeral, conforme á cal o deber de motivación dos actos administrativos é un mandato derivado de normas que se moven no ámbito do que vimos denominando legalidade ordinaria, en determinados supostos excepcionais tal deber alcanza unha dimensión constitucional que o fai fiscalizable a través do recurso de amparo constitucional. Así acontece cando se trate de actos que limiten ou restrinxan o exercicio de dereitos fundamentais (SSTC 36/1982, 66/1995 ou 128/1997, entre outras). Tamén en relación con actos administrativos que impoñan sancións» (STC 7/1998, do 13 de febreiro, FJ 6, cuxa doutrina recorda a STC 236/2007, do 7 de novembro, FJ 12). Non estando no presente caso ante ningún destes supostos excepcionais (actos administradores sancionadores ou limitativos de dereitos fundamentais), este Tribunal non pode pronunciarse, como pretenden o recorrente e o Ministerio Fiscal, acerca de se a motivación da resolución da CNEAI por remisión ao informe do comité asesor correspondente satisfai as esixencias de motivación establecidas polo artigo 54.1 f) da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, por tratarse dunha cuestión de legalidade ordinaria que non alcanza dimensión constitucional,".

É dicir, a regra xeral é que a motivación é unha cuestión de legalidade ordinaria e, polo tanto, vedado á xurisdición constitucional, sen prexuízo da existencia de casos excepcionais representados polas sancións administrativas ou os actos limitativos de dereitos fundamentais.

Finalmente, en canto á eficacia anulatoria que poida ter o defecto de motivación nos actos administrativos, cabe dicir que a finalidade que ten a motivación dos actos administrativos non é outra que a de exteriorizar as razóns de feito e de dereito nas que se apoia a Administración para a adopción das súas decisións, conseguindo coa exteriorización destas que estas sexan coñecidas polos interesados e, en caso de non estar conforme con elas, defenderse destas. Ao respecto, a xurisprudencia é unánime á hora de entender que unha motivación é válida cando é suficiente para cumprir a función antes sinalada, non esixíndose polo tanto que esta deba ser extensa.

4. FORMA

Dentro da teoría dos actos administrativos, o termo forma cobra dous acepcións:

- A forma como modo de produción dos actos administrativos, isto é, como procedemento administrativo. Esta acepción ten unha especial relevancia dende o momento en que o procedemento administrativo é unha esixencia consagrada no artigo 105.c) da Constitución e porque a súa observancia se eleva a requisito de validez dos actos administrativos no artigo 47.1.e) da Lei 39/2015, que sanciona coa nulidade de pleno dereito a aqueles actos que se ditasen prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido.
- A forma como modo de manifestación ou exteriorización dos actos administrativos. Esta segunda acepción está regulada no artigo 36 da Lei 39/2015, que prevé que os actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que a súa natureza esixa outra forma máis axeitada de expresión e constancia.

Nos casos en que os órganos administrativos exerzan a súa competencia de forma verbal, a constancia escrita do acto, cando sexa necesaria, efectuarase e asinarase polo titular do órgano inferior ou funcionario que a reciba oralmente, expresando na comunicación deste a autoridade da que procede. Se se tratase de resolucións, o titular da competencia deberá autorizar unha relación das que ditase de forma verbal, con expresión do seu contido.

Cando deba ditarse unha serie de actos administrativos da mesma natureza, tales como nomeamentos, concesións ou licenzas, poderán refundirse nun único acto (acto plúrimo), acordado polo órgano competente, que especificará as persoas ou outras circunstancias que individualicen os efectos do acto para cada interesado.

Respecto do defecto de forma, o artigo 48.2 da Lei 39/2015 establece que só determinará a anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados. As irregularidades formais que non reúnan estas características non invalidan o acto administrativo, polo que as adoita denominar "irregularidades non invalidantes".

III. NOTIFICACIÓN E PUBLICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A notificación e publicación dos actos administrativos son dous modos de comunicación do contido destes aos seus destinatarios. Cando a notificación ou a publicación é legalmente obrigatoria, o acto existe e presúmese válido, pero non pode facerse valer fronte aos seus destinatarios mentres esa comunicación non se produce correctamente nos termos que a lei prevé; así o artigo 39.2 da Lei 39/2015 declara que a eficacia dos actos administrativos quedará demorada, entre outros supostos, cando estea supeditada á súa notificación ou publicación, e o artigo 97.2 engade que o órgano que ordene un acto de execución material de resolucións estará obrigado a notificarlle ao particular interesada a resolución que autorice a actuación administrativa.

1. NOTIFICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- Obriga de notificación, prazo e contido

De acordo co artigo 40.1 da Lei 39/2015, o órgano que dite as resolucións e actos administrativos notificarállelos aos interesados cuxos dereitos e intereses sexan afectados por aqueles.

Toda notificación deberá ser cursada dentro do prazo de dez días a partir da data en que o acto fose ditado; este prazo non ten carácter esencial, polo que o seu incumprimento non ten ningunha consecuencia xurídica. O prazo realmente relevante para a práctica das notificacións é o prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa ao que fai

referencia o artigo 21.2 da Lei 39/2015, que será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento e cuxo incumprimento determina a produción do silencio administrativo ou a caducidade do procedemento, nos termos establecidos polos artigos 24 e 25 da Lei 39/2015.

Neste sentido, prevé o artigo 40.4 da Lei 39/2015 que, para os sós 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.

É doutrina legal da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo que "abondará para entender concluído un procedemento administrativo dentro do prazo máximo que a lei lle asigne, en aplicación do referido artigo 58.4 da Lei 30/1992, o intento de notificación por calquera medio legalmente admisible segundo os termos do artigo 59 da Lei 30/1992, e que se practique con todas as garantías legais aínda que resulte frustrado finalmente, e sempre que quede debida constancia deste no expediente. En relación coa práctica da notificación por medio de correo certificado con notificación de recibo, 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" (sentenza do 17 de novembro de 2003, ditada no recurso de casación en interese da Lei número 128/2002, rectificadora pola sentenza do 3 de decembro de 2013, ditada no recurso contencioso-administrativo 557/2011).

As notificacións deberán conter:

- O texto íntegro da resolución (o que inclúe, se é o caso, a motivación).
- A indicación de se pon fin ou non á vía administrativa.
- A expresión dos recursos que procedan, se é o caso, en vía administrativa e xudicial, o órgano ante o que tivesen que presentarse e o prazo para interpoñelos, sen prexuízo dos cales os interesados poidan exercitar, se é o caso, calquera outro que estimen procedente.

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.

- Preferencia e, se é o caso, obrigatoriedade dos medios electrónicos de notificación

Establece o artigo 41.1 da Lei 39/2015 que as notificacións se practicarán preferentemente por medios electrónicos e, en todo caso, cando o interesado resulte obrigado a recibilas por esta vía.

Os interesados que non estean obrigados a recibir notificacións electrónicas poderán decidir e comunicarlle en calquera momento á Administración pública, mediante os modelos normalizados que se establezan para o efecto, que as notificacións sucesivas practiquen ou deixen de practicarse por medios electrónicos.

De acordo co artigo 14.2 da Lei 39/2015, están obrigados a relacionarse a través de medios electrónicos coas administracións públicas, polo menos, os seguintes suxeitos:

- 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 devandita actividade profesional. En todo caso, dentro deste colectivo entenderanse incluídos os notarios e rexistradores da propiedade e mercantís.
- Os que representen un interesado que estea obrigado a relacionarse electronicamente coa administración.
- 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 se determine regulamentariamente por cada administración.

Reglamentariamente, as administracións poderán establecer a obriga de practicar electronicamente as notificacións para determinados procedementos e para certos colectivos de persoas físicas que por razón da súa capacidade económica, técnica,

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

Non obstante o anterior, as administracións poderán practicar as notificacións por medios non electrónicos nos seguintes supostos:

- 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.
- Cando para asegurar a eficacia da actuación administrativa resulte necesario practicar a notificación por entrega directa dun empregado público da administración notificante.

En ningún caso se efectuarán por medios electrónicos as seguintes notificacións:

- Aquelas nas que o acto que se vai notificar vaia acompañado de elementos que non sexan susceptibles de conversión en formato electrónico.
- As que conteñan medios de pagamento a favor dos obrigados, tales como cheques.
- *Procedementos iniciados por solicitude do interesado e procedemento iniciados de oficio*

Segundo o artigo 41.3 da Lei 39/2015, nos procedementos iniciados por solicitude do interesado, a notificación practicarase polo medio sinalado para o efecto por aquel. Esta notificación será electrónica nos casos nos que exista a obriga de relacionarse desta forma coa Administración, de acordo co que xa se expuxo.

Cando non fose posible realizar a notificación de acordo co sinalado na solicitude, practicarase en calquera lugar axeitado 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.

Nos procedementos iniciados de oficio, o artigo 41.4 da Lei 39/2015 habilita as administracións públicas para os sós efectos da súa iniciación, para solicitar, 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.

- Requisitos xerais de validez

De acordo co artigo 41.1 da Lei 39/2015, con independencia do medio utilizado, as notificacións serán válidas sempre que permitan ter constancia de:

- O seu envío ou posta a disposición.
- A recepción ou acceso polo interesado ou o seu representante.
- As datas e horas de todo o anterior.
- O contido íntegro da notificación.
- A identidade fidedigna do remitente e destinatario desta.

A acreditación da notificación efectuada incorporarase ao expediente, matizando o apartado 7 do artigo 41 que, cando o interesado fose notificado por distintas canles, tomará como data de notificación a daquela que se producise en primeiro lugar.

- Aviso de notificación

O artigo 41.6 da Lei 39/2015 prevé que, 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.

- Rexeitamento da notificación polo interesado ou o seu representante

Tal como establece o artigo 41.5 da Lei 39/2015, cando o interesado ou o seu representante rexeite a notificación dunha actuación administrativa, farase constar no

expediente, especificaranse as circunstancias do intento de notificación e o medio, darase por efectuado o trámite e seguirase o procedemento.

- Regras especiais aplicables á práctica das notificacións en papel

O artigo 42.1 da Lei 39/2015 dispón que 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 destas de forma voluntaria. Cando o interesado accedese ao contido da notificación en sede electrónica, ofreceráse a posibilidade de que o resto de notificacións se poidan realizar a través de medios electrónicos.

Cando a notificación se practique no domicilio do interesado, de non se atopar presente este no momento de entregarse a notificación, poderá facerse cargo desta calquera persoa maior de catorce anos que se encontre no domicilio e faga constar a súa identidade.

Se ninguén se fixese cargo da notificación, farase constar esta circunstancia no expediente, xunto co día e a hora en que se intentou a notificación, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes. En caso de que o primeiro intento de notificación se realizase antes das quince horas, o segundo intento deberá realizarse despois das quince horas e viceversa, e deixarase en todo caso polo menos unha marxe de diferenza de tres horas entre ambos os dous intentos de notificación.

Se o segundo intento tamén resultase infrutuoso, procederase na forma prevista no artigo 44, é dicir, a notificación realizarase a través dun anuncio publicado no *Boletín Oficial do Estado*.

Estas disposicións xerais deben completarse coas que o Regulamento polo que se regula a prestación dos servizos postais, aprobado polo Real decreto 1829/1999, do 3 de decembro, establece para as notificacións por correo, que é o medio de notificación en papel máis empregado na práctica:

- Carácter fidedigno da notificación (artigo 39). A entrega de notificacións de

órganos administrativos realizada polo operador ao que se encomendou a prestación do servizo postal universal ("Sociedade Estatal Correos e Telégrafos, SA ") terá como efecto a constancia fidedigna da súa recepción, sen prexuízo da cal os demais operadores realicen este tipo de notificacións no ámbito non reservado, cuxos efectos se rexerán polas normas de dereito privado.

- Admisión de notificacións de órganos administrativos (artigo 40). A admisión de notificacións polo operador ao que se encomendou a prestación do servizo postal universal require que no envío conste a palabra "Notificación" e, debaixo dela e en caracteres de menor tamaño, o acto a que se refira (citación, requirimento, resolución) e a indicación "Expediente número... " ou calquera outra expresión que identifique o acto que se vai notificar. Estes envíos acompañaranse do documento xustificativo da súa admisión.

- Disposicións xerais sobre a entrega de notificacións (artigo 41). Deberá constar a data, identidade, número do documento nacional de identidade ou do documento que o substitúa e a sinatura do interesado ou persoa que poida facerse cargo da notificación nos termos previstos pola lexislación do procedemento administrativo común, na documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, aviso de recibo que acompañe a devandita notificación, aviso no que o empregado do operador postal deberá facer constar a súa sinatura e o número de identificación.

- Supostos de notificacións con dous intentos de entrega (artigo 42). Se intentada a notificación no domicilio do interesado, ninguén puidese facerse cargo desta, farase constar este extremo na documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, no aviso de recibo que acompañe a notificación, xunto co día e a hora en que se intentou esta, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes. Se practicado o segundo intento, este resultase infrutuoso pola mesma causa ou ben polo coñecemento sobrevido dalgunha das previstas no artigo 43 do Regulamento, consignarase o devandito extremo na oportuna documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, no aviso de recibo que acompañe a notificación, xunto co día e a hora en que se realizou o segundo intento.

Unha vez realizados os dous intentos sen éxito, o operador ao que se encomendou a prestación do servizo postal universal deberá depositar en lista as notificacións, durante o prazo máximo dun mes, para cuxo fin se procederá a deixarlle ao destinatario o aviso de chegada na correspondente cuadrícula domiciliaria, debendo constar neste, ademais da dependencia e prazo de permanencia na lista da notificación, as circunstancias expresadas relativas ao segundo intento de entrega. O dito aviso terá carácter ordinario.

Se estando no domicilio a persoa que poida recibir a notificación, se nega a aceptala e a manifestar por escrito a dita circunstancia coa súa sinatura, identificación e data na documentación do empregado do operador postal, entenderase que non quere facerse cargo desta, facéndose constar este extremo na expresada documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, no aviso de recibo que acompañe á notificación, xunto co día e a hora en que se intentou esta, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes. Se practicado o segundo intento, este resultase infrutuoso pola mesma causa ou ben polo coñecemento sobrevido dalgunha das previstas no artigo 43 do Regulamento, consignarase este extremo na oportuna documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, no aviso de recepción que acompañe á notificación, xunto co día e a hora en que se realizou o segundo intento. A partir deste momento, a devandita notificación terá o mesmo tratamento que as que fosen rexeitadas ou refusadas.

En todos estes supostos, o empregado do operador postal deberá facer constar a súa sinatura e número de identificación no aviso de recepción que, se é o caso, acompañe a notificación e no aviso de chegada, se este procede.

- Supostos de notificacións cun intento de entrega (artigo 43). Non procederá un segundo intento de entrega nos supostos seguintes:

- Que a notificación sexa rexeitada ou refusada polo interesado ou o seu representante, debendo facer constar esta circunstancia por escrito coa súa sinatura, identificación e data, na documentación do empregado do operador

postal.

- Que a notificación teña un enderezo incorrecto.
- Que o destinatario da notificación sexa descoñecido.
- Que o destinatario da notificación falecese.
- Calquera causa de análoga natureza ás expresadas, que faga obxectivamente improcedente o segundo intento de entrega.

Nestes supostos, o empregado do operador postal fará constar na documentación correspondente a causa da non entrega, data e hora desta, circunstancias que se haberán de indicar no aviso de recibo que, se é o caso, acompañe á notificación; aviso no que o devandito empregado do operador postal fará constar a súa sinatura e número de identificación.

- Entrega de notificacións a persoas xurídicas e organismos públicos (artigo 44). A entrega de notificacións ás persoas xurídicas realizaránselle ao representante destas, ou ben, a un empregado desta, mentres que a entrega de notificacións a organismos públicos se realizará a un empregado destes. En ambos os dous casos farase constar na documentación do empregado do operador postal e, se é o caso, no aviso de recibo que acompañe a notificación, a súa identidade, sinatura e data da notificación, estampando, así mesmo, o selo da empresa ou do organismo público. Cando se trate de organismos públicos, as notificacións poderán entregarse tamén no rexistro xeral do organismo, abondando, neste caso, estampar o correspondente selo de entrada nos documentos antes citados.

- Regras especiais aplicables á práctica das notificacións a través de medios electrónicos

Segundo o artigo 43.1 da Lei 39/2015, 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 dous sistemas, segundo dispoña cada administración ou organismo. Isto supón que se priva da condición de medio válido de notificación a calquera outro medio electrónico que

puidese estar contemplado ou admitido pola normativa vixente con anterioridade á Lei 39/2015.

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.

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 transcorran dez días naturais dende a posta á disposición da notificación sen que se acceda ao seu contido. Así mesmo, entenderase cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos coa posta á disposición da notificación na sede electrónica da administración ou organismo actuante ou no enderezo electrónico habilitado único.

Os interesados poderán acceder ás notificacións dende o Punto de Acceso Xeral Electrónico da Administración, que funcionará como un portal de acceso. Neste sentido, o artigo 13.a) da Lei 39/2015 establece como un dereito das persoas nas súas relacións coas administracións públicas o dereito a comunicarse con elas a través dun punto de acceso xeral electrónico da Administración.

- Notificación infrutuosa

De acordo co artigo 44.1 da Lei 39/2015, cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos, se ignore o lugar da notificación ou ben, intentada esta, non se puidese practicar, a notificación farase por medio dun anuncio publicado no *Boletín Oficial do 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 do Estado*.

- *Notificación defectuosa*

De acordo co artigo 40.3 da Lei 39/2015, as notificacións que, contendo o texto íntegro do acto, omitisen algún dos demais requisitos previstos no apartado 2 do propio artigo, farán 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.

2. PUBLICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- *Actos que se publican*

Sinala o artigo 45.1 da Lei 39/2015 que 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, e producirá os efectos da notificación, nos seguintes casos:

- Cando o acto teña por destinatario a unha pluralidade indeterminada de persoas ou cando a Administración estime que a notificación efectuada a un só interesado é insuficiente para garantir a notificación a todos, sendo, neste último caso, adicional á individualmente realizada.
- 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 se leven a cabo en lugares distintos.

- *Contido da publicación. Publicación defectuosa*

A publicación dun acto deberá conter os mesmos elementos que o artigo 40.2 da Lei

39/2015 esixe respecto das notificacións. Será tamén aplicable á publicación o establecido no apartado 3 do mesmo artigo, en relación coas notificacións defectuosas.

Nos supostos de publicacións de actos que conteñan elementos comúns, poderán publicarse de forma conxunta os aspectos coincidentes, e especificaranse soamente os aspectos individuais de cada acto.

- Medios de publicación

A publicación dos actos realizarase no diario oficial que corresponda, segundo cal sexa a administración da que proceda o acto que se vai notificar. Sen prexuízo do disposto no artigo 44 da Lei 39/2015 sobre as notificacións infrutuosas, 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.

- Indicación de notificacións e publicacións

De acordo co artigo 46 da Lei 39/2015, se o órgano competente apreciase 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 superficial 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 xeito facultativo, 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.

BIBLIOGRAFÍA

Gallego Anabitarte, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000.

Carbonell Porras, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 40-41, 1984.

TEMA 12

**A EFICACIA DO ACTO ADMINISTRATIVO:
PRINCIPIOS XERAIS. EXECUTIVIDADE E
SUSPENSIÓN. PROCEDEMENTOS DE
EXECUCIÓN.**

TEMA 12. A EFICACIA DO ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS XERAIS. EXECUTIVIDADE E SUSPENSIÓN. PROCEDEMENTOS DE EXECUCIÓN.

I. A EFICACIA DO ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS XERAIS

1. CONCEPTO

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, ao igual que acontece cos sistemas do noso ámbito máis próximo (así, Francia, Alemaña e Italia), caracterízase por que a Administración goza da potestade de executividade inmediata dos seus actos e estes producen efectos xurídicos dende o primeiro momento. Non obstante, convén tamén dicir que non todos os actos administrativos producen a mesma eficacia xurídica. Indubidablemente existen, en relación coa súa eficacia, 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 Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e vén caracterizada polos principios xerais que se expoñerán a continuación.

2. PRESUNCIÓN DE LEGALIDADE E EFICACIA INMEDIATA

De acordo co artigo 39.1 da Lei 39/2015, os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo presumíranse válidos e producirán efectos dende 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, certa xustificación. O acto administrativo presúmese lexítimo na medida que emana dunha autoridade que o é igualmente.

Polo tanto, cando o propio aspecto externo do acto desminta a súa procedencia dunha autoridade lexítima, desaparece o soporte mesmo da presunción legal. Así acontece 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 ningún efecto. Esta formulación foi ratificada pola vixente Lei 39/2015, cuxo artigo 117.2.b) autoriza a suspender os actos nulos de pleno dereito, exceptuando dese modo 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 hipótese, non reúnen os actos nulos de pleno dereito, aos que, en consecuencia, non se lles pode recoñecer ningunha eficacia xurídica.

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 de producir algunha clase de efectos. Dito doutro modo, salvo no suposto de actos inexistentes (por exemplo, a multa de tráfico imposta por un simple particular), todos os demais actos administrativos, aínda 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.

3. EXCEPCIÓNS Á EFICACIA INMEDIATA

A pesar de que o artigo 39.1 da Lei 39/2015 establece como regra xeral a eficacia inmediata do acto, iso non está exento de excepcións. O propio artigo 39.1 refírese ao suposto de que no mesmo acto se dispoña outra cousa, é dicir, que sinale a data a partir da cal vai producir efectos.

Pola súa banda, o artigo 30.2 fai referencia aos supostos en que a eficacia do acto

administrativo pode quedar demorada: "A eficacia quedará demorada cando así o esixa o contido do acto ou estea supeditada á súa notificación, publicación ou aprobación superior".

- Cando así o esixa o contido do acto

Respecto á 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 presuposto material, e alleo a el, que aínda non se cumpriu cando o acto se dita. Non se trata propiamente dunha condición, porque non pende a eficacia dun acontecemento futuro, senón dun puro e simple requisito de aplicabilidade concernente a algo exterior ao acto mesmo e, por suposto, alleo á vontade da Administración ou dos particulares. Podería dicirse incluso que o acto, en si mesmo, é "eficaz" pero non pode materializarse, polo que a súa eficacia permanece no plano da pura teoría. Exemplo de eficacia demorada cando así o esixa o contido do acto, como sinala García de Enterría, sería a da orde que un alcalde lles dá aos comerciantes da localidade de limpar a neve das beirarrúas, que obviamente non produce efecto ningún en tanto non se produza o fenómeno meteorolóxico.

- Cando a eficacia estea supeditada á notificación ou publicación do acto

En canto ao suposto en que a eficacia do acto estea supeditada á súa notificación, acontece naqueles casos en que é preciso algo máis que o ditado do acto para que produza efectos: é necesario que o acto sexa notificado en forma ou, se así procede, publicado convenientemente, operando tal regra en garantía do cidadán. O artigo 40.1 da Lei 39/2015 dispón, con carácter xeral, que "o órgano que dite as resolucións e os actos administrativos llelos notificará aos interesados cuxos dereitos e intereses sexan afectados por aqueles". A obriga vén enmarcada, polo tanto, obxectiva e subxectivamente. Dende o primeiro punto de vista, a obriga de notificar refírese primariamente ás resolucións, isto é, aos actos que poñen fin a un procedemento, que son os que, por esta razón, lles afectan directa e frontalmente aos dereitos e intereses do seu destinatario. A lei, non obstante, suxeita tamén a esta obriga os demais actos dos que poida derivar, sequera indirectamente, unha afección semellante, isto é, aos actos de trámite que, polo seu

contido, incidan nos dereitos de defensa do interesado no procedemento.

Dende un punto de vista subxectivo, a obriga non alcanza a 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, a que se refire o artigo 4.1 da Lei 39/2015.

O carácter estritamente formal da notificación comporta unha consecuencia capital: unha notificación que non fose feita en debida forma non produce efectos, do que se entende 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 Lei 39/2015, segundo o cal as notificacións que conteñan o texto íntegro do acto, pero omitan algún dos demais requisitos esixidos no apartado anterior, farán 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.

A publicación dos actos administrativos non ten nada en común coa publicación das disposicións xerais. Como sinalan García Enterría e T. R. Fernández "é un puro sucedáneo da notificación", con igual transcendencia que esta respecto do «acto administrativo que teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas» (artigo 45.1.a) da Lei 39/2015). 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 cales 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 debe ser, en consecuencia, interpretado e aplicado dende esta perspectiva. A falta de notificación (ou de publicación, se é o caso) en forma demora a eficacia do acto cando este é susceptible de producir un prexuízo ao seu destinatario, pero non en caso contrario. Neste sentido, 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 qua 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.

- *Cando a eficacia está supeditada á aprobación superior do acto*

Outro dos supostos en que a lei admite a demora da eficacia é o da esixencia de "aprobación superior". Acontece naqueles supostos nos que, aínda que o acto se presume válido, 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 á validez do acto, pero non á súa eficacia–, dado que a autorización debe ter lugar antes do nacemento mesmo do acto. Podería dicirse que, neste caso, a eficacia do acto si queda suxeita a unha condición suspensiva de aprobación, sendo esta unha manifestación típica da tutela que uns entes administrativos exercen sobre outros, cuxa esixencia non lle afecta en absoluto á perfección nin á validez do acto inferior.

4. A RETROACTIVIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De acordo co artigo 39.3 da Lei 39/2015, 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.

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.

Como xa sinalaba o Tribunal Supremo na súa sentenza do 21 de xullo de 1989, "aínda a lei pode establecer a retroactividade (artigo 2.3 do *Código civil*) é máis que dubidoso que poida facelo o regulamento sobre a base dun 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, e atribúelle á posibilidade de retroactividade verdadeiro "carácter extraordinario, impregnado de peculiaridade, fronte ao obrar ou proceder normal", como tivo ocasión de sinalar o Tribunal Supremo.

Formulouse a 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 debe ser negativa, xa que o anterior supoñería tanto como recoñecerlle á Administración un ámbito non susceptible de control, cando o certo é que o que se lle outorga á Administración co devandito precepto é unha facultade cuxo exercicio e utilización haberá de promoverse cando concorran as circunstancias que a habiliten.

II. EXECUTIVIDADE E SUSPENSIÓN

1. EXECUTIVIDADE

- Concepto

Dentro do estudo da teoría dos actos administrativos, hai que poñer de manifesto dous importantes privilexios da Administración que fan diferente a súa posición xurídica da do

resto dos suxeitos de dereito e que determinan a súa configuración como unha persoa xurídica superior. Ás veces englóbanse estes dous privilexios no concepto amplo de "executividade".

Non obstante, a maioría dos autores distinguen entre "executividade" e "executoriedade" do acto, e algúns distinguen outro privilexio máis: o da execución forzosa.

- O privilexio da executividade dos actos administrativos 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, podendo decláralos por si mesma (autotutela declarativa). A executividade consiste na calidade dos actos administrativos en xeral, sexan de gravame ou non, de crear, modificar ou extinguir dereitos, ou de impoñer deberes e obrigas por si mesmos, é dicir, sen necesidade de que outro órgano, ou un xuíz ou tribunal, previa ou posteriormente, teña que homologar ou controlar a validez do declarado. Este privilexio exprésase no artigo 38 da Lei 39/2015, segundo o cal "os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán executivos conforme ao disposto nesta lei".

- O privilexio de executoriedade ou executividade inmediata dos actos administrativos responde, pola súa banda, a unha idea distinta, a pesar da súa proximidade semántica coa executividade. A executividade leva consigo como calidade propia o feito de que, en último termo, o acto poderá ser executado coactivamente (se é susceptible diso pola súa propia natureza), pero prexulgar a que autoridade competa facelo. Así, sería perfectamente concibible que ese poder de execución verdadeiramente exorbitante residise exclusivamente nos órganos xudiciais, os que se encargarían así de materializar, usando lexitimamente a forza, os títulos executivos creados pola Administración.

Pero o privilexio da executoriedade, máis que referido aos actos, conéctase no dereito administrativo co suxeito que os produce e consiste precisamente en que a Administración pode por si mesma, sen necesidade de obter autorización ou auxilio dos órganos xudiciais, executar coactivamente os seus actos cando o obrigado non

cumple voluntariamente o ordenado; é dicir, a Administración ostenta en virtude deste "privilexio" a facultade de asegurar por si mesma o cumprimento da obriga que ela mesma creou unilateralmente en virtude do chamado privilexio da decisión executoria. Como se ve, a executoriedade é un poder engadido ao da executividade e non se confunde con el. Recólleo o artigo 98.1 da Lei 39/2015:

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 que caiba algún recurso en vía administrativa, incluído o potestativo de reposición.
- c) Unha disposición estableza o contrario.
- d) Se necesite aprobación ou autorización superior".

- O privilexio da execución forzosa ou acción de oficio, que exime a Administración de solicitar a tutela xurisdiccional para impoñer a realización forzosa en caso de incumprimento por parte dos administrados do disposto nos actos administrativos. Así, de acordo co artigo 99 da Lei 39/2015, "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 esixan a intervención dun órgano xudicial".

- *Fundamento*

A explicación do fundamento dese poder é, como pode supoñerse, un dos aspectos máis analizados pola doutrina de todos os tempos. Convencionalmente, podemos clasificar as innumerables explicacións dos autores en tres grandes grupos:

- As xustificacións de carácter estrutural, baseadas na posición preeminente da Administración. Así, a idea de poder ou *imperium* dotado de autosuficiencia (Anhchutz, Kelsen, Ranelletti); as prerrogativas inherentes á concepción do dereito

administrativo como dereito da *puissance publique* (Jellinek, Hauriou), ou a presunción de que os actos da Administración son lexítimos (Treves, Borsi, Alcindor).

- As xustificacións baseadas no enlace da prerrogativa coa consecución de fins de interese público; aquí as incontables posturas sobre a idea do servizo público (Escola de Bordeos e as súas irradiacións), as necesidades públicas, os intereses xerais, o ben común etc.

- Os argumentos de orde puramente práctico: a conveniencia de que non se paralice a acción administrativa, a celeridade, a eficacia. Precisamente, no principio de eficacia (artigo 103.1 da Constitución) engarza o Tribunal Constitucional "a potestade de autotutela ou de autoexecución practicable xenericamente por calquera administración pública" (Sentenza 22/1984, do 17 de febreiro).

- *Natureza xurídica*

A natureza xurídica do privilexio de executividade pode determinarse a través das seguintes características deste:

- Ten carácter apriorístico. Este privilexio significa exclusivamente que a actividade administrativa non se encontra a priori mediatizada polos tribunais. Agora ben, outra cousa moi diferente é eximila de control a posteriori polos tribunais, exención inadmisíbel no noso dereito por dúas razóns:

- A formulación constitucional do principio de legalidade administrativa, principalmente nos artigos 9.1, 103.1 e 106.1 da Constitución. Particularmente, o artigo 106.1 dispón que os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa.

- A existencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativo, que é parte da xurisdición ordinaria e está plenamente encadrado no poder xudicial, aínda que ten carácter especializado.

- Ten unha natureza eminentemente procesual. Como consecuencia diso, os seus

efectos fundamentais son:

- Determina unha presunción de validez *iuris tantum* nos termos que sinala o artigo 39.1 da Lei 39/2015, xa examinado. Esta presunción de validez produce un investimento da carga da proba. É ao particular a quen lle incumbe a demostración da invalidez do acto.
- Establece, como regra xeral, a inadmisibilidade da suspensión do acto administrativo, o que nos leva a conectar o privilexio da executividade co da executoriedade ou executividade inmediata do acto, establecido no artigo 98.1 da Lei 39/2015, xa examinado, salvo as excepcións previstas no propio artigo, que axiña se expoñerán.
- Determina un réxime de protección da posesión específico respecto da Administración, nos termos do artigo 105 da Lei 39/2015, segundo o cal 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.
- Finalmente, a Administración, en virtude deste privilexio, non necesita un proceso declarativo para obter un título executivo.

2. SUSPENSIÓN

- Concepto

O privilexio da executividade do acto administrativo supón, como regra xeral, a inadmisibilidade da suspensión do acto administrativo. Como xa se sinalou, o artigo 98.1 da Lei 39/2015 establece que os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán inmediatamente executivos. Este artigo establece como excepcións a esta executividade inmediata:

- 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, incluído o potestativo de

reposición.

- Que unha disposición estableza o contrario.
- Que se necesite aprobación ou autorización superior.

A suspensión implica, en calquera caso, unha transitoria paralización da eficacia dun acto, xa que, se a suspensión fose indefinida, equivalería á extinción do acto, á súa eliminación.

Como regra xeral, a interposición de recursos, administrativos ou contencioso-administrativos, non suspende a execución dos actos administrativos (artigo 117.1 da Lei 39/2015). Trátase de evitar coa mencionada regra que a actividade da Administración, orientada por principio á satisfacción do interese xeral, poida quedar paralizada, en prexuízo do interese público pola simple oposición dun particular. Non obstante, a aplicación ríxida deste principio podería facer ilusorio o propio dereito de recurso que recoñecen as leis a todo cidadán, xa que, en moitos casos, a estimación a posteriori do recurso non permitiría reconstruír a situación alterada polo acto recorrido. Por iso e para conseguir certo equilibrio entre ambos os dous principios –garantía do interese público e dereito a unha defensa efectiva– a lei establece unha excepción á regra xeral, e faculta a Administración e os tribunais, segundo os casos, para suspender a execución dos actos, aínda que o certo é que tanto a Administración coma os tribunais viñeron interpretando esta excepción moi restritivamente.

Así pois, a suspensión da eficacia dos actos administrativos pode ser decidida polos órganos xurisdicionais, pola propia administración que os ditou ou por outra administración que excepcionalmente teña encomendadas facultades de tutela ou control sobre a primeira. Aquí estudarase o suposto en que a suspensión é decidida pola administración que ditou o acto, regulado no artigo 117 da Lei 39/2005 en relación co réxime dos recursos administrativos, aínda que hai que ter en conta que a suspensión en vía administrativa tamén se pode producir nos procedementos de revisión de oficio e de declaración de lesividade dos actos administrativos, de acordo co artigo 108 da mesma lei.

- *Órgano competente*

O artigo 117.2 da Lei 39/2015 atribúelle a competencia para acordar a suspensión dos

actos impugnados ao órgano a quen competa resolver o recurso. Nos procedementos de revisión de oficio e de declaración de lesividade a competencia correspóndelle ao órgano competente para declarar a nulidade ou lesividade (artigo 108 da Lei 39/2015).

- Requisitos

Para decidir sobre a suspensión, o órgano competente ten que valorar dous elementos, recollidos no mencionado artigo 117.2 da Lei 39/2015:

- Que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación, ou ben que a impugnación de acto se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito previstas no artigo 47.1 da Lei 39/2015.
- Ponderar, de xeito suficientemente razoado, o prexuízo que lle causaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o ocasionado ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido.

- Procedemento

A suspensión pode decidirse de oficio ou por solicitude do recorrente. Neste último caso, segundo o artigo 117.3 da Lei 39/2015, a execución do acto impugnado entenderase suspendida se transcorrido un mes dende que a solicitude de suspensión tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para decidir sobre esta, o órgano a quen competa resolver o recurso non ditou e notificou resolución expresa ao respecto. Nestes casos non será de aplicación o establecido no artigo 21.4, segundo parágrafo, da Lei 39/2015, sobre información aos 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.

- Contramedidas preventivas

O artigo 117.4 da Lei 39/2015 prevé que, ao ditarse o acordo de suspensión, poderán adoptarse as medidas preventivas que sexan necesarias para asegurar a protección do interese público ou de terceiros e a eficacia da resolución ou o acto impugnado.

Así mesmo, engádese que, cando da suspensión poidan derivarse prexuízos de calquera

natureza, aquela só producirá efectos logo da prestación de caución ou garantía suficiente para responder deles, nos termos establecidos regulamentariamente.

- Duración da suspensión

Como xa se dixo, a suspensión non pode ser indefinida no tempo, estendéndose en principio só á vía administrativa de recurso ou, se é o caso, de revisión de oficio ou declaración de lesividade. Non obstante, o artigo 117.4, parágrafo terceiro, da Lei 39/2015 matiza que a suspensión se prolongará despois de esgotar a vía administrativa cando, despois de solicitalo previamente o interesado, exista unha medida preventiva e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa. Se o interesado interpuxese recurso contencioso-administrativo, solicitando a suspensión do acto obxecto do proceso, manterase a suspensión ata que se produza o correspondente pronunciamento xudicial sobre a solicitude.

- Publicación da suspensión

Por último, o artigo 117.5 da Lei 39/2015 establece que, cando o recurso teña por obxecto a impugnación dun acto administrativo que lle afecte a unha pluralidade indeterminada de persoas, a suspensión da súa eficacia deberá ser publicada no xornal oficial en que aquel se inseriu.

III. PROCEDEMENTOS DE EXECUCIÓN

1. O PRIVILEXIO DE EXECUCIÓN FORZOSA E AS SÚAS EXCEPCIÓNS

Co nome de execución forzosa ou acción de oficio coñécese no noso dereito ao privilexio que, como xa apuntamos, exime a Administración de solicitar a tutela xurisdiccional para obrigar o administrado á realización dun acto administrativo, en caso de incumprimento daquel.

A formulación legal deste privilexio contense no artigo 99 da Lei 39/2015, a cuxo tenor "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 esixan a intervención dun órgano xudicial".

Existen, pois, supostos excluídos da execución forzosa que poden enumerarse conforme ao seguinte criterio clasificatorio:

- Supostos expresamente considerados no artigo 99 da Lei 39/2015.
- Outros supostos non mencionados no devandito artigo pero que se poden incluír nel.
- Situacións especiais polas que atravesan certos actos que son impeditivos da súa execución forzosa.

A primeira excepción considerada no artigo 99 fai referencia a "os supostos en que se suspenda a execución de acordo coa lei". A fórmula alude a calquera tipo de suspensión que as leis poidan considerar, o que engloba, loxicamente, tanto a suspensión acordada en vía administrativa (artigo 117 da Lei 39/2015), xa analizada, como xurisdiccional (artigos 129 e seguintes da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa).

Hai que incluír igualmente os supostos de suspensión automática contemplados nas leis, como, por exemplo, a suspensión da execución de liquidacións tributarias no procedemento económico-administrativo, cando o recorrente afianza o pagamento do importe da débeda.

A outra excepción contida no devandito artigo ten lugar "cando a Constitución ou a lei esixan a intervención dun órgano xudicial". O precepto refírese á necesaria inserción, dentro do procedemento de execución, dunha intervención xudicial chamada a posibilitar a utilización de medios coactivos pola Administración autora do acto, cando a devandita utilización é susceptible de colidir con dereitos fundamentais. Así, por exemplo, a entrada en domicilio, que haberá de autorizar un órgano xurisdiccional (artigo 100.3 da Lei 39/2015).

O previsto no artigo 99 debe completarse coas seguintes exclusións:

- Os actos administrativos que pola súa propia natureza non son susceptibles de

execución forzosa; así, os actos que declaran un dereito a favor do destinatario, e esgotan a súa eficacia práctica coa devandita declaración.

- Os casos en que unha lei exclúa expresamente a posibilidade da execución forzosa. Tal acontece, por exemplo, no suposto do artigo 104.2 da Lei 39/2015, segundo o cal non cabe a compulsión persoal respecto das obrigas persoais de facer. Pero a hipótese que contemplamos refírese máis propiamente á posibilidade de que unha norma lle impida precisamente á Administración pública a realización forzosa de actos pertencentes a determinado sector de actividade, e queda exceptuado para ese sector o privilexio administrativo da executoriedade, co conseguinte traspaso desa función aos órganos xudiciais. Trataríase, pois, de actos cuxa realización efectiva quedaría vedada aos órganos da Administración pública.
- Os actos que se producen nas relacións interadministrativas, xa que as administracións non poden compelerse entre si de xeito coactivo, salvo que unha superior estea ligada á inferior por relación de dependencia (caso das entidades instrumentais).
- As resolucións sancionadoras, por canto estas só son executivas cando son firmes en vía administrativa. Recollendo o espírito da doutrina do Tribunal Constitucional na materia, o artigo 90.3 da Lei 39/2015 establece que a resolución que poña fin ao procedemento sancionador será executiva cando non caiba contra ela ningún recurso ordinario en vía administrativa, e poderán adoptarse nesta as disposicións preventivas precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva e que poderán consistir no mantemento das medidas provisionais que, se é o caso, se adoptasen.

Ademais, aínda cando a resolución sexa executiva, poderase suspender cautelarmente, se o interesado lle manifesta á Administración a súa intención de interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a resolución firme en vía administrativa. A devandita suspensión preventiva finalizará cando:

- Transcorrese o prazo legalmente previsto sen que o interesado interpuxese recurso contencioso administrativo.

- Logo de que o interesado interpuxese un recurso contencioso-administrativo, non se solicitase no mesmo trámite a suspensión preventiva da resolución impugnada ou o órgano xudicial se pronuncie sobre a suspensión preventiva solicitada, nos termos previstos nela.
- Relacións con eficacia demorada por requirir aprobación ou autorización superior. Así, o artigo 39.2 da Lei 39/2015 establece que "a eficacia quedará demorada cando estea supeditada a aprobación superior", e o artigo 98.1 reitera que "os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo serán inmediatamente executivos, salvo que: [...] d) Se necesite aprobación ou autorización superior". Trátase de actos que, aínda que perfectos en si mesmos, precisan para ser eficaces dun acto complementario dun órgano superior. En puridade os referidos supostos non constitúen propiamente excepcións á execución forzosa, senón que fan referencia a situacións dos actos impeditivos desa execución.

2. PRESUPOSTOS DA EXECUCIÓN FORZOSA

A Lei 39/2015 non regula un verdadeiro procedemento de execución forzosa dos actos administrativos, senón que establece algúns presupostos que se deberán cumprir para proceder a esa execución, e establece, como non podía ser doutro xeito, limitacións a tal privilexio da Administración.

O primeiro deles refírese ao acto previo de cobertura que lexitima a execución (título de execución) e sen o cal esta é radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Así, segundo o artigo 97.1 da Lei 39/2015, 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.

Debe tratarse dunha resolución –non dun acto de trámite– finalizadora dun procedemento, debidamente notificada ao obrigado (tal como establece o artigo 97.2 da Lei 39/2015), que especifica con absoluta precisión o alcance exacto da obriga, requisito sen o cal non se lle podería imputar ningún incumprimento ao interesado, pois este non sabería a que aterse. Esta "decisión executoria" non pode estar incurso en ningunha causa de ineficacia,

sexa definitiva (caducidade) ou temporal (suspensión). Loxicamente, non debeu ser anulada, pois esta circunstancia deixaría carente de base o ulterior proceso de execución. Agora ben, a execución non require que esa resolución ou título habilitante sexa firme, e nin sequera que esgotase a vía administrativa, salvo algunha excepción como a contida no xa referido artigo 90.3 da Lei 39/2015 en relación coas resolucións sancionadoras.

En segundo lugar, é necesario que o interesado gozase dun prazo suficiente para a execución voluntaria do acto en cuestión, e que a devandita obriga se atope incumplida. O artigo 99 sinala como requisito o "previo apercibimento", cuxa ausencia de regulación suscitou non pouca controversia na doutrina. O apercibimento constitúe a advertencia ao interesado de que, se non cumpre o ordenado nun prazo sinalado para o efecto, poñerase en marcha un determinado procedemento de execución. A lei só esixe que o obrigado incumprise, non que sexa recalcitrante no incumprimento, e por iso moitos autores sinalan que o propio título executivo poderá xa servir como apercibimento. Non obstante, a cuestión é confusa e existe xurisprudencia que deduce a obriga de darlle ao administrado unha segunda oportunidade, requiríndoo separadamente para a execución do acto previamente notificado.

Logo de cubrir estes requisitos, o procedemento de execución poderá iniciarse, ben de oficio ou a instancia de terceiro interesado na execución do acto.

Hai que sinalar que o procedemento de execución pode quedar viciado por:

- Irregularidades que lle afecten ao título executivo, como a ausencia de decisión previa, a cesación da súa validez ou eficacia, a falta de notificación desta ou a falta do apercibimento previo.
- Irregularidades producidas na fase de execución mesma (abuso da forza), tales como a discordancia entre a decisión e a execución material, a inadecuación dos medios de execución ou a falta de proporcionalidade.

Alguns destes vicios poden converter a actuación administrativa en pura vía de feito, o que facultaría o interesado para reaccionar contra eses ataques directos e ilexítimos sobre os seus bens por esta vía.

3. MEDIOS DE EXECUCIÓN FORZOSA

- Principios xerais

O artigo 100.1 da Lei 39/2015 ofrécelles ás administracións públicas o seguinte catálogo de medios de execución forzosa:

- Constrinximento sobre o patrimonio.
- Execución subsidiaria.
- Multa coercitiva.
- Compulsión sobre as persoas.

Engade o artigo no seu apartado 2 que, se fosen varios os medios de execución admisibles, elixirase o menos restritivo da liberdade individual.

Así mesmo, a súa aplicación ten que vir presidida en todo caso polo respecto do principio de proporcionalidade. En relación con isto último, hai que ter en conta que a utilización destes medios non pode ter carácter sancionador ou agravar a obriga inicial do administrado, porque a súa finalidade é exclusivamente obter o cumprimento daquela. Cousa distinta é que o incumprimento da obriga cuxa execución forzosa se pretende poida estar tipificado como infracción administrativa, pero a sanción dese incumprimento requirirá a tramitación separada do correspondente procedemento sancionador, que é de todo independente e distinto do procedemento de execución forzosa.

Por último, de acordo co artigo 100.3 da Lei 39/2015, se fose 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, no seu defecto, a oportuna autorización xudicial.

- Constrinximento sobre o patrimonio

De acordo co artigo 101.1 da Lei 39/2015, o constrinximento sobre o patrimonio previse para a execución forzosa dos actos administrativos que impoñan o pagamento unha cantidade líquida de diñeiro, tendo en conta que, tal como engade o apartado 2 do artigo,

non se lles poderá impoñer aos administrados unha obriga pecuniaria que non estivese establecida conforme a unha norma de rango legal.

Sobre o pagamento de cantidades líquidas de diñeiro á Administración, o artigo 98.2 da Lei 39/2015 dispón que, cando dunha resolución administrativa, ou de calquera outra forma de finalización do procedemento administrativo prevista na lei, naza unha obriga de pagamento derivada dunha sanción pecuniaria, multa ou calquera outro dereito que deba aboarse á facenda pública, este efectuarase preferentemente, salvo que se xustifique a imposibilidade de facelo, utilizando algún dos medios electrónicos seguintes:

- Tarxeta de crédito e débito.
- Transferencia bancaria.
- Domiciliación bancaria.
- Calquera outros que se autoricen polo órgano competente en materia de facenda pública.

A regulación do procedemento de pre constrinximento ma encóntrase no Regulamento xeral de recadación, aprobado polo Real decreto 939/2005, do 29 de xullo. En primeiro lugar, hai que proceder a liquidar a cantidade e notificarlle a liquidación ao interesado; se este non paga en prazo, emitírase unha certificación de descuberto que constituirá o título executivo. O procedemento de execución forzosa non se detén, salvo pagamento, garantía, aval bancario ou depósito da cantidade na Caixa Xeral de Depósitos. O constrinximento sobre o patrimonio realízase mediante o embargo de bens do debedor en cantidade suficiente para facer fronte ao pagamento. Se para o embargo é necesario entrar no domicilio do debedor, será necesaria a autorización xudicial previa. Os bens embargados son vendidos en pública poxa e con iso conclúe o procedemento.

- Execución subsidiaria

Como o seu propio nome indica, a execución subsidiaria consiste na realización do ordenado no acto administrativo previo por persoa distinta do destinatario deste e a cargo deste. Así, o artigo 102.2 da Lei 39/2015 prevé que "neste caso, as administracións públicas realizarán o acto, por si ou a través das persoas que determinen, a cargo do obrigado".

A execución subsidiaria non lle impón, polo tanto, ningunha carga nova ao destinatario do

acto, polo cal a utilización deste medio de execución forzosa non require ningunha cobertura legal específica. Abonda simplemente a previsión contida con carácter xeral no artigo 102 da Lei 39/2015. Pola súa propia natureza, a execución subsidiaria só procede nos casos en que "se trate de actos que por non ser persoais poden ser realizados por suxeito distinto do obrigado", é dicir, en relación con obrigas ou prestacións funxibles, tales como realización de obras, derrubamento de construcións etc.

En tales supostos, a Administración pode realizar por si mesma as obras ou ben encargarlle a súa execución a un terceiro, ben entendido que os gastos que poida orixinar a execución, incluídos os danos e perdas que eventualmente se poidan producir, corren a cargo do obrigado polo acto que se trata de executar, a quen mesmo se lle pode esixir con carácter preventivo o aboamento previo das cantidades previstas, a reserva da correspondente liquidación definitiva (artigo 102.4 da Lei 39/2015).

A execución subsidiaria supón pois, en último termo, a conversión da obriga que o acto impón nunha débeda pecuniaria, susceptible de ser satisfeita pola vía de constrinximento (artigo 102.3 da Lei 39/2015), se o obrigado segue resistíndose a esta nova forma de cumprimento. Calquera outra resistencia do obrigado, sobre quen pesa deber de tolerar cantas accións sexan necesarias para levar a cabo a execución, pode ser removida utilizando outro dos medios de execución forzosa que prevé a Lei 39/2015, a compulsión sobre as persoas.

- Multa coercitiva

O artigo 103 da Lei 39/2015 regula a posibilidade de vencer a resistencia dos particulares afectados por un acto administrativo mediante a imposición de multas sucesivas. Estas multas non teñen carácter sancionador, senón que pretenden única e exclusivamente forzar o cumprimento do ordenado. As multas coercitivas non teñen, pois, nada que ver coas multas-sanción. Non son sancións propiamente ditas e, polo tanto, son compatibles con elas, de modo que non pode facerse entrar en xogo o principio *non bis in idem* (artigo 103.2 da Lei 39/2015).

Imponse sobre o destinatario do acto que se trata de executar unha obriga nova e distinta da establecida no devandito acto, polo que as multas coercitivas non son propiamente un

medio de execución forzosa, senón, como xa se dixo, un medio de vencer a resistencia do administrado a executar por si mesmo o acto. Isto explica que a utilización do sistema das multas coercitivas esixa unha cobertura legal específica, que o acto previo a cuxo servizo se establece non proporciona. Así, de acordo co artigo 103.1 da Lei 39/2015, a súa imposición requirirá autorización mediante unha norma con rango de lei, non abondando coa cobertura xenérica que proporciona a Lei 39/2015, e esa norma terá que determinar a forma e contía destas.

É esencial ao sistema a posibilidade de reiterar as multas, así como a observancia do principio de proporcionalidade. Non se trata de sancionar a resistencia ao cumprimento dun acto administrativo, senón só de remover esa resistencia, e forzar a vontade contraria a este. É, pois, imprescindible ofrecerlle ao obrigado tempo bastante para cumprir o ordenado antes de impoñer unha nova multa (terán que ser "reiteradas por lapsos de tempo que sexan suficientes para cumprir o ordenado", como establece o artigo 103.1 da Lei 39/2015) e é tamén necesario formular cada vez os apercibimentos e intimacións precisos.

O artigo 103.1 da Lei 39/2015 sinala os supostos en que, en principio, é posible a súa imposición e faino nuns termos moi amplos, de forma que quedan comprendidos na enumeración todos os actos posibles, salvo os que lles impoñen aos administrados o pagamento de cantidades líquidas de diñeiro:

- Actos persoais en que non proceda a compulsión directa sobre a persoa do obrigado.
- Actos en que, procedendo a compulsión, a Administración non a considerase conveniente.
- Actos cuxa execución poida encargarlle o obrigado a outra persoa.

Como é natural, a imposición de multas coercitivas reconduce tamén ao constrinximento sobre o patrimonio, xa que, se tales multas non se pagan voluntariamente polo suxeito pasivo destas, a Administración poderá proceder á súa exacción pola vía de constrinximento.

- *Compulsión sobre as persoas*

É este o último e máis radical dos medios de execución forzosa previstos na Lei 39/2015, en canto que se traduce pura e simplemente no emprego da forza sobre as persoas, eliminando a liberdade destas. Dadas as súas características, o emprego da compulsión sobre as persoas como medio de execución forzosa dun acto administrativo non procede senón cando non abonden os demais medios de execución para asegurar o cumprimento do acto. Por iso, o artigo 104.1 da Lei 39/2015 refírea exclusivamente ás obrigas negativas, consistentes en non facer ou soportar algo, e ás obrigas que consisten nun facer persoal, xa que en todos os demais casos (obrigas de dar ou de facer non persoais) o cumprimento pode garantirse por outros medios.

En calquera caso, esíxese un fundamento legal específico ("nos casos en que a lei expresamente o autorice") e establécense uns límites estritos dentro dos cales debe manterse necesariamente a actividade de execución ("dentro sempre do respecto debido á súa dignidade e aos dereitos recoñecidos na Constitución").

A compulsión directa sobre as persoas ten o seu campo propio, e practicamente único, no ámbito da orde pública e nas zonas próximas a este. No que se refire ás obrigas persoais de facer, o emprego da compulsión directa é, en efecto, posible, pero a súa eficacia é, obviamente, moi limitada. A propia Lei 39/2015 é consciente diso, ao dispoñer no artigo 104.2 que se a obriga persoal consistise en facer e non se realizase a prestación, o obrigado deberá resarcir os danos e perdas, a cuxa liquidación e cobramento se procederá en vía administrativa. Neste caso, a imposibilidade de cumprimento *in natura* obriga a converter a prestación debida nunha débeda pecuniaria (cumprimento por equivalente), que remite en última instancia á utilización do constrinximento .

BIBLIOGRAFÍA:

BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de derecho administrativo*, 26.^a edición, Civitas,

Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de derecho administrativo*, I, 17.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de derecho administrativo general*, I, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 13.

**NULIDADE DE PLENO DEREITO E
ANULABILIDADE DOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS. OS ACTOS
ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. A
CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN E
CONVERSIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
OS ERROS MATERIAIS OU DE FEITO.**

TEMA 13. NULIDADE DE PLENO DEREITO E ANULABILIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. A CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN E CONVERSIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OS ERROS MATERIAIS OU DE FEITO.

I. NULIDADE DE PLENO DEREITO E ANULABILIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUCCIÓN

O artigo 103.1 da Constitución española establece que a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e, no que agora nos interesa, cunha mención expresa a que o realiza “con sometemento pleno á lei e ao dereito”.

O proceder irregular da Administración, isto é, o seu afastamento do sometemento pleno á lei e ao dereito, pode dar lugar a unha invalidez da actuación administrativa que incorrese no devandito exceso, e dentro dela pode haber diferentes graos. Tamén é posible que esa irregularidade xurídica non teña unha entidade suficiente para producir un efecto anulatorio, dando lugar á denominada irregularidade non invalidante.

No dereito civil, a regra xeral é que un acto xurídico que vulnera o ordenamento xurídico é un acto nulo de pleno dereito, aínda que tamén hai espazo para a figura da anulabilidade. En realidade, neste campo do dereito o efecto é igual, en esencia, á expulsión do acto do mundo xurídico. A diferenza é quen pode instar a declaración de invalidez. Así, a anulabilidade aparece cando o incorrecto proceder deriva dun vicio no consentimento ou na capacidade. Neste caso, é aquel cuxo consentimento se erixiu en contra do disposto no *Código civil* ou actuou sen capacidade, o que pode instar a invalidez do negocio, mentres que no resto das vulneracións xurídicas a nulidade a pode instar a calquera interesado.

No dereito administrativo, pola súa banda, e dada a operatividade de principios como o do antiformalismo, conservación ou economía procedimental e procesual, as irregularidades poden alcanzar tres niveis: nulidade de pleno dereito, anulabilidade e simple irregularidade

non invalidante.

Antes de entrar na distinción das tres figuras aludidas, é necesario lembrar algún dos presupostos inherentes á concepción esencial dos actos administrativos.

O artigo 39.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, recolle un apriorismo que é necesario destacar: os actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo presumíranse válidos e producirán efectos desde a data en que se diten, salvo que neles se dispoña outra cousa.

Esta presunción legal de validez supón que mentres non se declare, sexa pola propia Administración ou polos órganos xurisdicionais contencioso-administrativos, a irregularidade dun acto administrativo, este opera no mundo xurídico. Lembramos que dentro deses efectos están o de executividade dos actos administrativos, efecto en virtude do cal os actos producen efectos desde que se ditan, e o de executoriedade, que implica que a Administración pode levar a termo eses efectos polos seus propios medios.

Agora ben, para impedir o despregamento destes efectos o interesado ten diferentes medios, como son, por suposto, os recursos administrativos e o ulterior recurso contencioso-administrativo, pero tamén a posibilidade de, mentres ese pronunciamento de invalidez non chega, solicitar a adopción de medidas cautelares, como a de suspensión dos efectos da actuación administrativa, tanto na fase administrativa como na xudicial.

Diciamos antes que no campo das irregularidades do dereito administrativo adóitase distinguir entre a nulidade de pleno dereito, a anulabilidade e as irregularidades non invalidantes.

Antes de entrar na análise de cada unha delas, debemos engadir que hai autores que tamén citan outra categoría máis, a de acto inexistente, aínda que non é unha postura pacífica. Para os que aluden a esta figura, a súa aparición xorde cando os vicios dun acto son de tal entidade que nin sequera se pode percibir a existencia dun acto administrativo, posto que non ten a mínima aparencia de tal. Os autores que recollen esta categoría refírena para casos

nos que o acto, máis que inválido, xa nin é acto. Para outros autores, se non hai acto, máis que acto inexistente habería inexistencia de acto, ou ben estaríamos xa ante unha nulidade de pleno dereito.

2. CARACTERES DA NULIDADE DE PLENO DEREITO

A nulidade de pleno dereito ou nulidade absoluta é o suposto máximo de invalidez; por iso esta figura debe ser aplicada con prudencia, pois tamén son máximas as súas consecuencias. As súas notas son a imprescritibilidade do acto nulo de pleno dereito, a retroacción dos efectos e a imposibilidade de convalidación ou conversión. A nulidade debe ser aplicada restritivamente polos órganos xudiciais, tal e como recolle a doutrina do Tribunal Supremo, por exemplo na sentenza do 25 de abril de 2002.

Como avanzabamos, a nulidade absoluta comporta unha serie de consecuencias, como é a ineficacia inmediata do acto para todos os efectos (*erga omnes*) e a imposibilidade de sanear o acto por confirmación ou prescrición. O carácter *erga omnes* da nulidade absoluta significa que é susceptible de opoñerse ou terse en conta contra e a favor de calquera. Calquera persoa pode instar a nulidade e, sen que haxa petición de parte, o xuíz pode e ha de apreciarla pola súa propia iniciativa e en calquera momento, porque a acción de nulidade absoluta non se extingue nin por caducidade nin por prescrición.

De todos os xeitos, o feito de que a nulidade de pleno dereito se poida facer valer en calquera momento non significa que non haxa que utilizar para iso os procedementos previstos para lograr ese fin, sexa na Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, sexa na Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa. De todos os xeitos, a imprescritibilidade da acción de nulidade ponse de manifesto na sempre última posibilidade de que o interesado inste, en calquera momento, a petición de revisión de oficio do artigo 106 da Lei 39/2015 e, ante a súa desestimación expresa ou presunta, acuda aos órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa.

3. CARACTERES DA ANULABILIDADE

En cambio, na nulidade relativa ou anulabilidade o afectado pode pedir a declaración de nulidade dentro dun prazo determinado, pasado o cal, se non hai reacción, o acto sanearase e o vicio de nulidade desaparecerá. É dicir, a falta de exercicio da acción de nulidade e o consentimento expreso ou tácito de quen poida exercitala teñen por efecto sanear o acto viciado. O vicio é, así mesmo, susceptible de convalidación polo autor do acto antes de que transcorra o prazo de impugnación, co simple feito de emendar a infracción legal cometida.

Para a doutrina, a interposición dun recurso contra o acto administrativo nulo, dentro dos prazos legalmente previstos, non ten, con todo, o mesmo sentido que a impugnación dos actos administrativos anulables. A impugnación destes últimos é unha carga do particular afectado por aqueles, un comportamento que debe adoptar se quere evitar a convalidación do acto anulable. Nos actos nulos, en cambio, a carga da impugnación refírese unicamente ao problema da eficacia, en canto a comportamento que ha de adoptar o particular afectado se quere evitar os efectos inmediatos do acto administrativo nulo. Neste caso, a impugnación non ten nada que ver coa validez do acto nulo, o cal seguirá sendo inválido por el mesmo, dada a imposibilidade de convalidación da nulidade absoluta por consentimento ou por calquera outro medio. Noutras palabras, se non se recorre o acto nulo no prazo previsto, o acto producirá os seus efectos, pero non se converterá nun acto válido e a nulidade inicial poderá ser declarada en calquera momento posterior, por exemplo, a través da técnica da revisión dos actos administrativos (artigo 106.1 da Lei 39/2015), como xa se dixo.

4. DIFERENZAS ENTRE A NULIDADE DE PLENO DEREITO E A ANULABILIDADE

En definitiva, entre a nulidade absoluta e a relativa ou anulabilidade podemos trazar, polo menos, as seguintes diferenzas:

- A nulidade absoluta pode facerse valer en calquera tempo e momento, e a relativa só nos tempos preclusivos establecidos pola lei para a súa impugnación ou revisión.
- Os efectos da nulidade de pleno dereito son *ex tunc*, se retrotraen ao momento en

que se ditou o acto, e os da anulabilidade son *ex nunc*, desde que se declara pola autoridade administrativa ou xudicial.

- Os actos nulos non son convalidables, nin se emendan polo transcurso do tempo, posibilidades abertas para os actos anulables.

5. SUPOSTOS DE NULIDADE DE PLENO DEREITO

- *Actos administrativos*

O artigo 47.1 da Lei 39/2015 establece que son nulos de pleno dereito os seguintes actos das administracións públicas:

a) Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.

A nulidade radical resérvase tan só para os actos que lesionen os dereitos e liberdades contidos nos artigos 14 a 29 da Constitución, e a obxección de conciencia do artigo 30.

b) Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.

O carácter manifesto esixe que sexa notorio, evidente e apareza de maneira clara, sen que esixa esforzo dialéctico algún a súa comprobación por saltar a primeira vista, aínda que para órganos consultivos como o Consello de Estado, a incompetencia manifesta non é só a que aparece dun modo claro e patente, senón tamén a incompetencia grave lle que afecta á orde pública que, por esa razón, se presenta con carácter de evidencia.

A regulación que se efectúa respecto aos actos ditados por órgano manifestamente incompetente exclúe o suposto da incompetencia por razón da xerarquía, xa que neste caso sempre cabería a posibilidade de convalidación do acto administrativo. En efecto, a incompetencia xerárquica non produce a nulidade radical do acto ditado, e iso porque nestes casos é posible a convalidación do acto polo superior xerárquico do órgano que o ditou (artigo 52.3 da Lei 39/2015).

c) Os que teñan un contido imposible.

A imposibilidade comprende a falta de substrato persoal, como sería, por exemplo, o nomeamento como funcionario en favor dunha persoa falecida e/ou a falta de substrato material, cando a execución do que o acto impón é material ou tecnicamente imposible. Con todo, non comprende a imposibilidade legal pois iso levaría a considerar como nulo de pleno dereito todo acto administrativo contrario ao ordenamento xurídico. Segundo a doutrina, a imposibilidade debe ser orixinaria, posto que se despois de ditado o acto este devén imposible, falamos dun problema de eficacia, non de validez.

d) Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta.

Faise referencia ás infraccións que poidan cometer a autoridade ou o funcionario con motivo da emanación dun acto administrativo. Un dos principais problemas que se expuxeron respecto deste tipo de actos é determinar se a declaración de nulidade pode facerse directamente polo órgano xurisdiccional contencioso-administrativo ou é necesario que, como cuestión prexudicial, se pronuncia nunha sentenza condenatoria previa polos órganos da xurisdición penal. A solución xeralmente admitida, sobre a base do artigo 10 da Lei orgánica do Poder xudicial, é que ten que haber unha sentenza penal condenatoria por delito ou falta, aínda que admitindo algúns supostos de excepción, como cando o autor do delito faleza antes de que se dite a sentenza.

Doutra banda, é oportuno diferenciar todos os supostos de nulidade de pleno dereito que recolle o artigo 47.1 da Lei 39/2015 dos que constituirían a comisión dun delito de prevaricación, por ditarse nun asunto administrativo unha resolución arbitraria a propósito da súa inxustiza (artigo 404 do *Código penal*). A declaración de nulidade dun acto segundo o artigo 47.1 non implica, con carácter xeral, que se produciu un feito delituoso. Así, a xurisprudencia entende que a prevaricación vai máis aló da mera aparición dun suposto de nulidade de pleno dereito.

e) (primeiro inciso) Os ditados prescindindo total e absolutamente de procedemento legalmente establecido.

Neste suposto deben comprender non só os casos en que efectivamente se prescindiu absolutamente de todo procedemento, senón tamén aqueles supostos en que a Administración observou un procedemento, pero non o concreto procedemento establecido pola lei para ese suposto, ou cando se emprega o procedemento legalmente establecido pero se omiten trámites substanciais deste.

A sentenza da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 17 de outubro de 2000, no seu fundamento de dereito segundo, recolle os requisitos para declarar a nulidade por estes supostos: "En primeiro lugar, respecto da invocación das normas do procedemento legalmente establecido, con fundamento no artigo 62.1.e) da Lei 4/1999, a xurisprudencia establece que, para declarar a nulidade na omisión do procedemento legalmente establecido, debe concorrer os requisitos, como sostén a Sentenza do 15 de outubro de 1997 desta sala e a xurisprudencia precedente (desde a Sentenza do 21 de marzo de 1988), de que a citada infracción debe ser clara, manifesta e ostensible, o que supón que dentro do suposto legal de nulidade se comprendan os casos de ausencia total do trámite ou de seguir un procedemento distinto".

e) (segundo inciso) Os ditados prescindindo das normas que conteñen as regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados.

Como regras esenciais para a formación da vontade dos órganos colexiados, a xurisprudencia veu considerando as regras sobre a composición do órgano, a convocatoria e a determinación da orde do día, o quórum de asistencia e a votación, hoxe recollidas con carácter básico no artigo 17 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

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.

Requírese que o requisito do que se careza sexa esencial, é dicir, que falten os máis elementais supostos para a adquisición do dereito. Tamén é necesario que do acto presunto nazan facultades ou dereitos, non sendo aplicable este precepto a aqueles actos que unicamente removan algún obstáculo para o exercicio dun dereito preexistente. Así, este apartado recolle aqueles supostos en que o administrado, a consecuencia de actos expresos ou polo xogo do silencio, adquire dereitos. Normalmente aparece cando entra en xogo a figura do silencio administrativo positivo.

Na xurisprudencia houbo un debate sobre que se debe entender por “requisitos esenciais para a súa adquisición”, mencionado neste apartado. Por exemplo, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, do 6 de maio de 2003, explica: “Desta argumentación dedúcese tacitamente que a Administración impugnante trata de reconducir o caso que é obxecto de exame ao suposto de acto nulo regulado no artigo 62.1.f) da Lei 30/1992, a teor do cal son nulos 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. O termo clave para comprender o alcance deste suposto é «esenciais», xa que pon de relevo que o lexislador non predica a nulidade de calquera acto administrativo que resulte contrario ao ordenamento xurídico, senón só daqueles nos que de modo manifesto e flagrante o administrado carece de todo orzamento para o recoñecemento dun dereito. Esta interpretación do citado artigo 62.1.f) é acorde co resto de supostos de nulidade que menciona o mesmo artigo 62, pois neles evidénciase que só os actos que incorren nos máis graves vicios procedimentais ou de fondo considéranse nulos (en concreto, os que lesionan o contido esencial dos dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional; os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou territorio; os que teñan un contido imposible; os que sexan constitutivos de infracción penal ou se diten como consecuencia desta; 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). Nos demais casos, a cualificación que lle corresponde ao acto administrativo contrario á lei é a de actos anulables, tal como sinala o artigo 63.1 da mesma Lei 30/1992”.

Dado que hoxe en día a xurisprudencia é resistente a recoñecer a posibilidade de enervar a aparición do silencio positivo con base na alegación de que daría un resultado *contra legem*, a Administración, para expulsar o efecto producido polo silencio positivo, adoita acudir a este apartado para fundamentar o expediente de revisión de oficio contra este.

g) Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición con rango de lei.

Hai que chamar a atención sobre o feito de que esa referencia deba estar contida nunha norma con rango de lei, non regulamentaria ou inferior. Cabe mencionar, a modo de exemplo, que a propia Lei 39/2015 prevé no seu artigo 37.2 que son nulas as resolucións administrativas que vulneren o establecido nunha disposición regulamentaria, é dicir, que se diten en violación do principio de inderrogabilidade singular dos regulamentos que recolle o apartado 1 do precepto.

- Disposicións administrativas de carácter xeral

Para os supostos de nulidade de pleno dereito dos actos administrativos engade o artigo 47.2 da Lei 39/2015 o 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.

A posibilidade de impugnar unha disposición de carácter xeral por este motivo está aberta a todo lexitimado e pódese efectuar de forma directa ou de forma indirecta a través dun acto de aplicación da disposición xeral. Tamén cabe a revisión de oficio das disposicións de carácter xeral, aínda que neste caso non cabe ser instada a instancia de parte.

Os efectos dunha declaración xudicial dunha disposición de carácter xeral están recollidos nos

artigos 72 e 73 da Lei reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, que dispoñen que a anulación dunha disposición ou acto producirá efectos para todas as persoas afectadas. Así mesmo, as sentenzas firmes que anulen unha disposición xeral terán efectos xerais desde o día en que sexa publicado o seu fallo e preceptos anulados no mesmo xornal oficial en que foi publicada a disposición anulada. Con todo, as sentenzas firmes que anulen un precepto dunha disposición xeral non lle afectarán por si mesmas á eficacia das sentenzas ou actos administrativos firmes que o aplicaran antes de que a anulación alcanzase efectos xerais, salvo no caso de que a anulación do precepto supuxese a exclusión ou a redución das sancións aínda non executadas completamente.

6. SUPOSTOS DE ANULABILIDADE

- A anulabilidade como sanción xeral aplicable aos actos administrativos viciados

A Lei 39/2015 establece a anulabilidade como a regra xeral, ao dicir no seu artigo 48.1 que son anulables os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder.

Recóllense neste artigo os supostos de anulabilidade dos actos administrativos, cunha declaración de carácter xeral de que, en principio, a contravención do ordenamento xurídico causa unha invalidez cualificable como de anulabilidade. Despois recóllense dúas mencións específicas, unha referida a que os defectos de forma só dan lugar á invalidez por anulabilidade cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou dea lugar á indefensión dos interesados, e outra, onde se establece que tal efecto só aparece nas actuacións extemporáneas cando así o impoña a natureza do termo ou prazo, isto é, cando o incumprimento desa temporalidade leve aparellada esta invalidez. Se non se dan esas condicións mencionadas, a extemporaneidade e o defecto de forma incluíranse en casos de irregularidades non invalidantes.

Segundo o criterio mantido polo Tribunal Supremo en Sentenza do 20 de xullo de 1992, "a teoría da nulidade dos actos administrativos debe aplicarse con parsimonia, sendo necesario ponderar sempre o efecto que produciu a causa determinante da invalidez e as consecuencias

distintas que se seguiron do correcto procedemento reitor das actuacións que se declararon nulas e, por suposto, da retroacción destas para que se emenden as irregularidades detectadas [...] No caso de autos, tratándose, como a sala sentenciadora razoou, non de que se prescindiu totalmente do procedemento establecido para o efecto, senón tan só do trámite de audiencia do interesado, exclusivamente incidiríase na de simple anulabilidade do artigo 48.2, e iso só no caso de que da omisión se seguise indefensión para o administrado, condición esta que comporta a necesidade de comprobar se a indefensión se produciu, pero sempre en función dun elemental principio de economía procesual implicitamente, polo menos, potenciado polo artigo 24 da CE, prohibitivo de que no proceso xudicial se produzan dilacións indebidas, adverando se, retrotraendo o procedemento ao momento en que o defecto se produciu a fin de reproducir adecuadamente o trámite omitido ou irregularmente efectuado, o resultado diso non sería distinto do que se produciu cando na causa de anulabilidade do acto a Administración creadora deste incorrese”.

- A desviación de poder

A desviación de poder supón un acto axustado á legalidade intrínseca, pero con vicio de nulidade por non responder na súa motivación interna ao sentido teleolóxico da actividade administrativa orientada á promoción do interese público. Actualmente existe unha definición normativa da desviación de poder no artigo 70.2 da Lei reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, que sinala que “se entende por desviación de poder o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico”.

Tal como expresa o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco na súa sentenza do 16 de xuño de 2003, conforme a unha xurisprudencia moi constante, recollida polo Tribunal Superior de Xustiza de Castela-León na súa sentenza do 11 de xullo de 2002, que cita de exemplo as sentenzas do Tribunal Supremo do 9 de marzo de 1993 e do 23 de outubro de 1996, esixiuse para apreciar a desviación de poder “un ánimo predeterminado” de utilizar a potestade para fins distintos dos que a norma lle asigna, fins que poden ser públicos ou privados pero, en todo caso, “diferentes dos considerados expresa ou tacitamente pola norma habilitante da potestade para outorgala, de xeito que se produza unha diverxencia entre

estes e os realmente perseguidos”. A esencia da desviación de poder está precisamente aí, en que a potestade se exerce coa intención de servir a un fin distinto ao que a lexítima e que é a causa ou razón do acto.

Respecto da proba, que compete a quen invoca esa desviación de poder, segundo reiterada xurisprudencia, que reflicte a evolución na materia, unha vez superada a etapa en que se impoñía unha demostración concluínte e rigorosa, a partir do ano 1982 fóronse asentando os seguintes principios:

- A proba da desviación de poder non pode ser plena, é dicir, que a diverxencia dos fins nunca será evidenciada polo acto.
- Basta a existencia dunha proba suficiente, posto que se, como dixemos, a desviación nunca será evidenciada polo acto, de tal forma que non derivará da constatación, senón da convicción, bastará con achegar datos e feitos ou elementos de comprobación capaces de crear, mediante un xuízo comparativo entre o interese público sinalado pola norma e o fin perseguido cos actos impugnados, a razoable convicción do Tribunal de que se produciu a desviación de poder.
- O Tribunal Supremo concibe este novo criterio sobre a proba como algo derivado do dereito á tutela xudicial efectiva, constitucionalmente recoñecido.
- Na sentenza do Alto Tribunal do 22 de decembro de 2002 apúntase ademais que “sendo xenericamente grave a dificultade dunha proba directa, resulta viable acudir ás presuncións que esixen uns datos completamente acreditados ao amparo do artigo 1249 do *Código civil*, cunha ligazón precisa e directa, segundo as regras do criterio humano e a teor do artigo 1.253 do *Código civil*, se derive na persecución dun fin distinto do previsto na norma a existencia de tal desviación, como recoñece, entre outras, a Sentenza do 10 de outubro de 1987”.

- *Defectos formais. Doutrina xeral*

Respecto dos defectos formais, hai que lembrar a postura xurisprudencial de que os defectos

de forma só poden supoñer a anulabilidade dun acto administrativo se con eles se causase indefensión real e efectiva que o recorrente debería de demostrar.

Segundo a xurisprudencia, “os trámites deben ser entendidos como garantía para os administrados e nesta vía xurisdiccional para propiciar o acerto nas decisións, pero nunca deben ser instrumentalizados como fitos formais para obstaculizar o procedemento e a súa resolución, sendo doutrina xurisprudencial a que, baseándose no principio de economía procesual, advirte sobre a improcedencia de declarar nulidades cando o novo acto que se dite unha vez emendado o posible defecto formal haxa de ser idéntico en sentido material ao anterior [...] pois na esfera administrativa debe ser tratada a nulidade de actuacións con moita ponderación e medida, e especialmente cando non existe indefensión para os interesados, indefensión que, en todo caso, habería de ser real e efectiva e non simplemente aparental” (sentenza do Tribunal Supremo de 14 xuño de 1993).

En termos da sentenza do Tribunal Supremo do 1 de febreiro de 1992, “en materia de nulidades en dereito administrativo, a eficacia anulatoria dos vicios de forma debe verse restrinxida e subordinada sempre á posibilidade de axuizamento do fondo do asunto que é, substancial e institucionalmente, a función propia do proceso e a mesma primaria da xurisdición”, ao que engade a sentenza do 15 de abril de 1996 que “non todos os vicios ou infraccións cometidos na tramitación dun procedemento administrativo teñen entidade xurídica suficiente para amparar unha pretensión anulatoria por causa formal, dado que só os defectos moi graves que impidan ao acto final alcanzar o seu fin ou que produzan indefensión dos interesados poderán determinar a anulabilidade, constituíndo esta unha doutrina xurisprudencial que foi reducindo progresivamente os vicios de forma determinante de invalidez para limitalos a aqueles que supoñen unha diminución efectiva, real e transcendente de garantías”.

A sentenza do 6 de xuño de 2001, do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, alude a isto explicando que “con relación aos defectos de forma, convén sinalar que a doutrina do Tribunal Supremo se pronuncia con carácter xeral no sentido de que «non todo defecto de forma, aínda que existise, leva necesariamente á nulidade das actuacións e á reposición do

expediente ao momento en que se cometeron: para que isto se produza é preciso que esa defectuosa actuación fose causa de indefensión do sancionado» (STS do 11 de xullo de 1998). Como tamén declara a Sentenza do mesmo Alto Tribunal, do 27 de decembro de 1990, «o dereito administrativo, en principio, decidiuse por un antiformalismo ponderado que, sen diminución nin quebra da legalidade, permita o desenvolvemento da actuación administrativa conforme a normas e principios de celeridade e eficacia, ata o punto de que ao vicio de forma ou procedemento non se lle recoñece nin tan sequera virtude invalidante de segundo grao, anulabilidade, máis que naqueles casos excepcionais para alcanzar o seu fin, se dite fóra do prazo, cando este teña un valor esencial, ou se produza unha situación de indefensión, supostos todos que acreditan que o devandito vicio, carente de forza en si mesmo e de natureza estritamente instrumental, só adquire relevo propio cando a súa existencia provocou unha diminución efectiva, real e transcendente de garantías, incidindo así na decisión de fondo e alterando, eventualmente, o seu sentido en prexuízo do administrado e da propia indefensión»”.

Na mesma liña, a xurisprudencia considera que “en virtude do principio de economía procesual, debe evitarse a declaración de nulidade cando con iso non se conseguise un efecto práctico por ser racionalmente previsible que, retraídas as actuacións ao momento en que se cometeu a infracción formal, o proceso ía concluír cunha resolución idéntica á ditada” (sentenza do Tribunal Supremo do 12 de novembro de 1990).

- Defectos formais con transcendencia anulatoria

Consideráronse defectos formais con transcendencia anulatoria, sempre que leven aparellada esa indefensión efectiva, a falta de motivación do acto e a falta de audiencia do interesado.

Respecto da falta de motivación, hai que lembrar que o artigo 35.1 da Lei 39/2015 só esixe unha motivación sucinta. Como di a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de xaneiro de 2000, só cabe a anulación pola absoluta falta de motivación: “tendo en conta que a falta de motivación suficiente que constitúe a vulneración do artigo 24.1 da CE por infracción do dereito fundamental de tutela xudicial efectiva é preciso que sexa total, de

forma que o interesado descoñeza a causa ou motivo desta, o que non procede entenderse de ningún xeito producido no caso de autos, en que a motivación é clara e suficiente”.

En canto á falta de audiencia, exclúuse a indefensión nos casos en que o interesado tivo a posibilidade de interpoñer os recursos pertinentes, co que a falta de audiencia alegada se estima corrixida.

Tamén se outorgou transcendencia anulatoria, en relación coa finalidade do acto, á omisión de informes preceptivos.

En relación coa infracción con transcendencia anulatoria de termos ou prazos, vinculouse aos prazos de exercicio de potestades administrativas no casos en que o termo ou prazo actúa como límite ao exercicio da potestade (como prazos de prescrición de infraccións e sancións administrativas ou de caducidade etc.).

- Curación dos actos anulables

Os actos anulables, a diferenza dos actos nulos, poden ser sandados:

- Deixando transcorrer o prazo preclusivo para impugnar o acto viciado sen facelo. No caso do particular, terá que transcorrer o prazo establecido para interpoñer o recurso administrativo de alzada, se o acto non pon fin á vía administrativa, ou o recurso contencioso-administrativo, se o acto pon fin á vía administrativa; e no caso da Administración, tratarase do transcurso do prazo para declarar a lesividade do acto administrativo que, en virtude do artigo 107.2 da Lei 39/2015, é de catro anos desde que se ditou aquel.
- Por convalidación en sentido propio, é dicir, emendando os defectos de que adoeza o acto, ao que se fará referencia máis adiante.

II. OS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES

A Lei 39/2015 non menciona como tal a irregularidade non invalidante, pero pódese chegar a determinar o seu marco definindo o seu espazo como aquel onde non entra en xogo a

anulabilidade nin, por suposto, a nulidade de pleno dereito.

En efecto, dentro das irregularidades non invalidantes, e sobre a base do recollido no artigo 48 da Lei 39/2015, hai que entender comprendidos os defectos de forma, excepto naqueles casos nos que, segundo o apartado 2 do artigo citado, determinan a anulabilidade do acto (cando o acto careza dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin e cando dea lugar á indefensión dos interesados). Tamén son irregularidades non invalidantes a realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido, salvo naqueles casos onde a anulabilidade a impoña a natureza do termo ou prazo.

Agora ben, o feito de que este tipo de irregularidades poden non ter efecto invalidante non é impedimento para que poida dar lugar a responsabilidade do persoal ao servizo da Administración. Neste sentido, o artigo 71.3 da Lei 39/2015 establece que as persoas designadas como órgano instructor ou, se é o caso, os titulares das unidades administrativas que teñan atribuída tal función serán responsables directos da tramitación do procedemento e, en especial, do cumprimento dos prazos establecidos.

Por último, un suposto de funcionamento anormal dos servizos públicos onde caiba trazar unha relación directa de causalidade con prexuízos a cidadáns faría aflorar a posibilidade de esixir a responsabilidade da Administración.

III. A CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN E CONVERSIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. LÍMITES Á EXTENSIÓN DA NULIDADE OU ANULABILIDAD DOS ACTOS

O artigo 49 da Lei 39/2015 impón límites á extensión da nulidade ou anulabilidade dos actos administrativos. Así, a nulidade ou anulabilidade dun acto non implicará a dos sucesivos no procedemento que sexan independentes do primeiro, e 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 sería ditado.

O establecemento deste principio ten relación coa aplicación da presunción de validez de

todos os actos administrativos, así como co principio *favor acti*, é dicir, da conservación dos actos administrativos. Está fundamentado nos principios de eficacia, economía e celeridade que deben rexer a actuación das administracións públicas.

O segundo suposto que se regula neste artigo é o da invalidez parcial do acto administrativo, que non levará consigo a nulidade de todo o acto administrativo se existen partes deste, independentes, que se ditasen sen a existencia da parte anulada.

Para proceder á aplicación deste artigo fai falta que o acto administrativo teña partes perfectamente diferenciadas, é dicir, con substantividade propia, e que, ademais, se proceda a unha análise das partes non anuladas para determinar que estas se ditaron aínda que non existise o acto anulado.

2. CONVERSIÓN DE ACTOS VICIADOS

A conversión dos actos administrativos inválidos coincide coa convalidación en constituír ambas as técnicas manifestacións do principio de conservación do negocio xurídico. Pero discrepa desta en que, mentres que a convalidación se aplica só aos actos anulables, a conversión entra en xogo tamén respecto dos actos nulos de pleno dereito.

Así, o artigo 50 da Lei 39/2015 dispón que os actos nulos ou anulables que, con todo, conteñan os elementos constitutivos doutro distinto producirán os efectos deste.

Esta norma é, como a recollida no artigo anterior, unha manifestación do *principio favor acti*, é dicir, unha actuación do principio de conservación dos actos administrativos. O acto nulo ou anulable deixará de producir os seus efectos e, no suposto de cumprir os requisitos da conversión, ocasionará os efectos do acto en que se convertese. Inténtase con esta figura, ademais do sinalado anteriormente, minorar as consecuencias prexudiciais que a nulidade dun acto pode ter respecto a terceiros que non foron causantes dos motivos de nulidade.

3. CONSERVACIÓN DE ACTOS E TRÁMITES

Pola súa banda, de acordo co artigo 51 da Lei 39/2015, o órgano que declare a nulidade ou

anule as actuacións dispoñerá sempre a conservación daqueles actos e trámites cuxo contido se mantivo igual de non cometerse a infracción.

A regulación deste artigo está fundamentada tamén no principio *favor acti*, así como nos principios de eficacia, economía e celeridade que deben rexer a actuación administrativa. É un artigo que complementa o disposto no artigo 49 da Lei 39/2015, xa que aquí o órgano que declara a nulidade de actuacións deberá determinar expresamente a conservación dos actos e trámites non afectados pola nulidade de acto viciado. Cabe a posibilidade de que esta declaración sexa realizada de oficio pola Administración, ou sexa solicitada polo interesado no procedemento administrativo.

4. CONVALIDACIÓN

Como antes se dixo, os actos anulables, a diferenza dos actos nulos, poden ser sandados por convalidación en sentido propio. Segundo o artigo 52 da Lei 39/2015, a Administración poderá validar os actos anulables, e emendar os vicios de que adoezan. O acto de convalidación producirá efecto desde a súa data, salvo o disposto no artigo 39.3 para a retroactividade dos actos administrativos. Se o vicio consistise en incompetencia non determinante de nulidade, a convalidación poderá realizarse polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado, mentres que se o vicio consistise na falta dalgunha autorización, poderá ser validado o acto mediante o outorgamento desta polo órgano competente.

A doutrina discute se é posible que se efectúe a convalidación por un acto, ademais de expreso, tácito ou presunto. É practicamente unánime a postura de entender que non cabe a convalidación por medio dun acto presunto, é dicir, non se pode entender producida por medio de silencio administrativo.

Segundo o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, por exemplo, na súa sentenza do 29 de xuño de 2005, "tras a regulación contida na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, só a incompetencia manifesta obxectiva por razón da materia e a territorial poden dar lugar á

nulidade de pleno dereito (artigo 62.1. b), non a xerárquica ou de grao, xa que neste último caso trátase de simple anulabilidade (artigo 63), en congruencia co cal o artigo 67.3 da Lei 30/1992 permite a convalidación. Polo tanto, cando o vicio apreciado lle afecta á incompetencia xerárquica, cabe acudir ao artigo 67.3 da Lei 30/1992, segundo o cal, se o vicio consistise en incompetencia non determinante de nulidade, a convalidación poderá realizarse polo órgano competente cando sexa superior xerárquico do que ditou o acto viciado.

Deste último precepto despréndese que para que a convalidación do vicio de incompetencia xerárquica poida operar é imprescindible que sexa levada a cabo polo superior xerárquico do que ditou o acto viciado, de modo que, sendo a facultade de convalidación específica do dito 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 a fin de comprobar se o realizado é conforme ao ordenamento xurídico, se contrariaría a finalidade do que se persegue coa convalidación do vicio de incompetencia xerárquica se se permitise que a leva a cabo o mesmo órgano que ditou o acto mediante o expediente de que o superior delegase nel expresamente a competencia para realizala”.

IV. OS ERROS MATERIAIS OU DE FEITO.

No mesmo capítulo dedicado á revisión de oficio dos actos administrativos, e no artigo dedicado á revogación destes, o 109, a Lei 39/2015 regula a rectificación de erros, nos termos seguintes: “as administracións públicas poderán, así mesmo, rectificar en calquera momento, de oficio ou a instancia dos interesados, os erros materiais, de feito ou aritméticos existentes nos seus actos”.

A pura rectificación material de erros de feito ou aritméticos non implica unha revogación do acto en termos xurídicos. O acto materialmente rectificado segue tendo o mesmo contido despois da rectificación, cuxa única finalidade é eliminar os erros de transcripción ou de simple conta co fin de evitar calquera posible equívoco.

Este carácter estritamente material e en absoluto xurídico da rectificación xustifica que para levala a cabo non requira suxeitarse a solemnidade nin a ningún límite temporal. A rectificación de erros materiais pode facerse en calquera momento, tanto de oficio como a instancia do administrado, como veu a aclarar a sentenza do Tribunal Supremo 17 de xullo de 1987: “a doutrina do acto consentido non ten virtualidade para impedir o xogo do artigo 111 (hoxe 107.2 da Lei 39/2015), dado que este, na súa expresa dicción e co fundamento antes sinalado, nace precisamente coa finalidade de romper, respecto da Administración, a vinculación aos actos declarativos de dereitos e, respecto do administrado, a doutrina do acto consentido ou confirmatorio”.

O problema radica, pois, en determinar as fronteiras entre o erro de feito e o erro de dereito, punto este no que a doutrina, tanto do Tribunal Supremo como do Consello de Estado, se mostra especialmente rigorosa para evitar a posible fraude de lei. Combinando a xurisprudencia do Tribunal Supremo e do Consello de Estado poden extraerse as seguintes conclusións:

- A facultade de rectificación debe utilizarse con fondo carácter restritivo.
- O erro debe ser ostensible, manifesto, indiscutible e evidente, e exteriorizarse *prima facie* (sentenza do Tribunal Supremo do 30 de maio de 1985).
- Exclúe do seu ámbito todo o referido a cuestións de dereito e que impliquen a realización dun xuízo valorativo, como o alcance dos feitos, erro nas interpretacións de disposicións legais, valoración da proba etc.
- A corrección non pode producir unha alteración fundamental ou substancial no contido ou sentido do acto (Ditame 1284/1992 do Consello de Estado e sentenzas do Tribunal Supremo de 8 e do 19 de abril de 1967).

Como expresa a Sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xuño de 2001:

“[...] o erro material ou de feito caracterízase por ser «ostensible, manifesto, indiscutible e evidente en por si, sen necesidade de maiores razoamentos, e por exteriorizarse *prima facie*

pola súa soa contemplación» [...], de maneira que a aplicación do mecanismo previsto no citado artigo 105.2 da Lei 30/1992 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 sexa patente e claro, sen necesidade de acudir a interpretacións de normas xurídicas aplicables».

d) Que «non se proceda de oficio á revisión de actos administrativos firmes e consentidos».

e) Que «non se produza unha alteración fundamental no sentido do acto (pois non existe erro material cando a súa apreciación implique un xuízo valorativo ou esixa unha operación de cualificación xurídica)».

f) Que «non padeza a subsistencia do acto administrativo é dicir, que non xere a anulación ou revogación deste, 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 debe mostrar idéntico contido dispositivo, substantivo e resolutorio que o acto rectificado, sen que poida a Administración, baixo pretexto da súa potestade rectificatoria de oficio, encubrir unha auténtica revisión», que require un procedemento específico previsto no artigo 102 e seguintes da Lei 30/1992.

g) Finalmente, vén esixindo «que se aplique cun fondo criterio restritivo [...]».

Pola súa banda, a Sentenza do Tribunal Supremo do 8 de xullo de 1982 di que “é certo que o artigo 111 da Lei de procedemento administrativo (actual artigo 107.2 da Lei 39/2015) lle atribúe á Administración potestade para rectificar erros materiais ou de feito e os aritméticos, pero evidentemente o exercicio desa potestade non entraña unha revogación do acto

administrativo en termos xurídicos. O acto administrativo rectificado debe mostrar idéntico contido dispositivo, substantivo e resolutorio do acto rectificado, sen que poida a Administración *sub specie* de potestade rectificadora encubrir unha auténtica potestade revogatoria, o cal entrañaría un verdadeiro *fraus legis*, constitutivo dunha desviación de poder. Por iso, o Tribunal Supremo coidou de advertir a necesidade de diferenciar entre o erro de dereito e o simple erro de feito ou material, negando a existencia deste sempre que a súa apreciación implique un xuízo valorativo, esixa unha operación de cualificación xurídica, ou cando a rectificación materializada implique realmente unha alteración fundamental do sentido do acto”.

BIBLIOGRAFÍA

VV.AA. Letrados da Xunta de Galicia. *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*. Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia, 1.ª edición, Santiago de Compostela, 2005.

Parada R. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Marcial Pons, 2.ª edición, Madrid, 1999.

González Pérez J., González Navarro F. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1999.

VV.AA. *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y *Boletín Oficial del Estado*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.

TEMA 14

REVISIÓN DE OFICIO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE. PROCEDEMENTO. A IMPUGNACIÓN XURISDICCIONAL DE ACTOS POLA PROPIA ADMINISTRACIÓN: A DECLARACIÓN DE LESIVIDADE. A REVOGACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

TEMA 14. REVISIÓN DE OFICIO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE. PROCEDEMENTO. A IMPUGNACIÓN XURISDICCIONAL DE ACTOS POLA PROPIA ADMINISTRACIÓN: A DECLARACIÓN DE LESIVIDADE. A REVOGACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

I. REVISIÓN DE OFICIO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE

1. INTRODUCCIÓN

É principio xeral do dereito administrativo a presunción de lexitimidade e de validez dos actos administrativos, de onde deriva a súa executividade e, se é o caso, a súa execución forzosa; así, o artigo 39.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, sinala que “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”.

Trátase esta de unha presunción *iuris tantum*, posto que o acto administrativo pode incorrer en infracción do ordenamento xurídico, nese caso resulta necesario proceder á súa revisión.

En principio, o control da actividade administrativa encoméndaselles aos tribunais de Xustiza, en virtude do que se establece no artigo 106.2 da Constitución española, segundo o cal “os tribunais controlan a legalidade da actuación administrativa así como o sometemento desta aos fins que a xustifican”.

Pero, ademais, en virtude do privilexio de autotutela que lle incumbe á Administración, pode esta declarar unilateral e executoriamente a ineficacia dos actos administrativos nos casos e cos requisitos que establece a lei, ben sexa de oficio, ben a instancia dos particulares. Os medios previstos para o efecto son a revisión de oficio, que é obxecto de estudo nesta epígrafe, así como a declaración de lesividade, que analizaremos ao final do tema, e os recursos administrativos.

A revisión de oficio aparece regulada no artigo 106 da Lei 39/2015, que dispón no seu apartado 1 que as administracións públicas, en calquera momento, por iniciativa propia ou

a solicitude de interesado, e logo de ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma, se o houber, declararán de oficio a nulidade dos actos administrativos que puxesen fin á vía administrativa ou que non fosen recorridos en prazo, nos supostos previstos no artigo 47.1. Así mesmo, engade o apartado 2 do precepto que 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.

2. ACTOS E DISPOSICIÓNS

Como se acaba de expoñer, o artigo 106 a Lei 39/2015 permite a revisión de oficio tanto dos actos como das disposicións administrativas. A este respecto, cabe exporse a utilidade de que se poidan revisar de oficio estas últimas.

Se as disposicións –a diferenza dos actos administrativos declarativos de dereitos subxectivos– poden en calquera momento derogarse e modificarse, con suxeición ao procedemento correspondente, que sentido ten a declaración de nulidade? En principio, o momento para partir do cal producen efectos unha e outra: a derogación a partir da publicación da disposición derogatoria; a declaración de nulidade, desde que se publica a disposición declarada nula, coa excepción da subsistencia dos actos firmes ditados na súa aplicación.

De todos os xeitos, como se expoñerá máis adiante, hai unha diferenza importante entre a revisión de oficio dos actos e das disposicións administrativas de carácter xeral: a primeira pode levar a cabo non só a iniciativa da propia Administración, senón tamén a solicitude de calquera interesado, mentres que a segunda unicamente se realiza de oficio.

3. ACTOS QUE PUXESEN FIN Á VÍA ADMINISTRATIVA OU NON FOSEN RECORRIDOS EN PRAZO

A teor do artigo 106.1 da Lei 39/2015, para que sexa admisible este procedemento especial de revisión é necesario que os actos puxesen fin á vía administrativa ou que non fosen recorridos en prazo.

É evidente que, no caso de que o acto sexa firme por non ser recorrido en prazo, sexa en vía administrativa ou contencioso-administrativa, ao non ser posible a revisión do acto nulo polos procedementos ordinarios, non hai outra posibilidade de declarar a nulidade que a vía do procedemento extraordinario que regula o artigo 106 da Lei 39/2015. Pero no caso de que o acto puxese fin á vía administrativa, cabe distinguir os seguintes supostos:

- Que se interpuxo recurso contencioso-administrativo en prazo e estea pendente de resolución. A cuestión da validez do acto está *sub iudice*. Pero non cabe falar de litispendencia, nin a existencia de proceso administrativo pendente supón obstáculo ao exercicio das potestades administrativas de revisión: simplemente, se a Administración declarase a nulidade do acto antes da conclusión do proceso, este quedaría sen obxecto; da mesma maneira, se se ditase unha sentenza firme anulatoria do acto antes da conclusión do procedemento administrativo de revisión, sería este último o que quedaría sen obxecto; por último, unha eventual sentenza firme confirmatoria da validez do acto faría xuridicamente inviable a revisión de oficio polo motivo de nulidade que rexeitasen os órganos xurisdicionais, en virtude da forza de cousa xulgada.
- Que aínda non transcorrese o prazo para interpoñer o recurso contencioso-administrativo. Non existe tampouco ningún obstáculo para que se inicie o procedemento de revisión do artigo 106 da Lei 39/2015. Que o interesado acuda a esta vía especial –no canto da do contencioso-administrativo ou simultaneamente a esta– dependerá da confianza que teña en obter a satisfacción das súas pretensións ante a Administración e da previsible duración dun e outro procedemento.

Esta interpretación podería considerarse inadmisíbel á vista de que o artigo 106.1 da Lei 39/2015 fala de que os actos “non fosen recorridos en prazo”. Con todo, hai que ter en conta o seguinte:

- O artigo distingue dous supostos distintos: un, que o acto puxese fin á vía administrativa; outro, que non se interpuxese recurso.
- Se se interpreta este segundo suposto no sentido de que non se interpuxese, non só recurso administrativo, senón tampouco recurso contencioso-administrativo, non

tería sentido a referencia ao outro suposto. A norma esixiría que o acto fose firme, que nonoubese ningún recurso.

- Se se especifica como suposto distinto á non interposición do recurso que o acto puxese fin á vía administrativa e a lei non distingue, debe entenderse que sempre que o acto esgota a vía administrativa –fose recorrido ou non en vía contencioso-administrativa– é posible incoar o procedemento de revisión que regula o artigo 106 da Lei 39/2015.

Finalmente, en canto aos actos que poñen fin á vía administrativa, o artigo 114.1 da Lei 39/2015 enuncia con carácter xeral os seguintes:

- As resolucións dos recursos de alzada.
- As resolucións dos procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje substitutivos dos recursos de alzada e de reposición a que se refire o artigo 112.2 da Lei 39/2015.
- As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.
- Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.
- A resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que fose o tipo de relación, pública ou privada, de que derive.
- A resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora aos que se refire o artigo 90.4 da Lei 39/2015.
- As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.

O propio artigo 114 da Lei 39/2015 desenvolve no seu apartado 2 esta última previsión para a Administración xeral do Estado. Na nosa comunidade autónoma, a materia aparece regulada no artigo 4 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da

Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 1/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico da administracións públicas e do procedemento administrativo común, segundo o cal poñen fin á vía administrativa, salvo que por Lei especial se estableza o contrario, as resolucións dos órganos seguintes:

- As do Consello da Xunta, as do seu presidente e as das súas comisións delegadas.
- As dos conselleiros.
- As dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- As dos órganos superiores de goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- As das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria.

No ámbito local debe tomarse en consideración o artigo 52.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, segundo o cal poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- As do pleno, os alcaldes ou presidentes e as xuntas de Goberno, salvo nos casos excepcionais en que unha lei sectorial requira a aprobación ulterior da Administración do Estado ou da comunidade autónoma, ou cando cumpra recurso ante estas en os supostos do artigo 27.2.
- As de autoridades e órganos inferiores nos casos que resolvan por delegación do alcalde, do presidente ou doutro órgano cuxas resolucións poñan fin á vía administrativa.
- As de calquera outra autoridade ou órgano cando así o estableza unha disposición legal.

4. MOTIVOS DE NULIDADE

O artigo 106 da Lei 39/2015 remítese aos supostos previstos no artigo 47 dese texto legal, que son os de nulidade de pleno dereito dos actos e disposicións administrativas.

O apartado 1 do artigo 47 dispón que son nulos de pleno dereito os seguintes actos das administracións públicas:

- Os que lesionen os dereitos e liberdades susceptibles de amparo constitucional.
- Os ditados por órgano manifestamente incompetente por razón da materia ou do territorio.
- Os que teñan un contido imposible.
- Os que sexan constitutivos de infracción penal ou se ditén como consecuencia desta.
- 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.
- 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.
- Calquera outro que se estableza expresamente nunha disposición con rango de lei.

A xurisprudencia, polo tanto, sinala que é necesario que se estea ante un dos supostos de nulidade radical (sentenza do Tribunal Supremo do 25 de febreiro de 1997), de acordo á normativa vixente ao producirse os feitos (sentenza do Tribunal Supremo do 25 de outubro de 1997). Como se pode observar, a lista do artigo 47.1 da Lei 39/2015 é aberta, polo que a revisión de oficio procede non só nos supostos expresamente recollidos nese precepto, senón tamén en calquera outro declarado como causa de nulidade de pleno dereito dos actos administrativos por unha norma con rango de lei.

En canto ás disposicións administrativa de carácter xeral, o artigo 47.2 da Lei 39/2015 establece que 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.

II. PROCEDEMENTO

1. PRAZO PARA A REVISIÓN DE OFICIO

En primeiro lugar, no que se refire ao prazo, debe sinalarse que non existe límite temporal para a incoación do procedemento. O artigo 106 da Lei 39/2015 di tanto no seu apartado 1 (revisión de oficio de actos administrativos), como no seu apartado 2 (revisión de oficio de disposicións administrativas), que a nulidade poderá declararse “en calquera momento”. Así o confirma a xurisprudencia.

Agora ben, o anterior non implica que sempre e en calquera momento se poida alegar a nulidade de pleno dereito dun acto ou disposición. Pois, se tal nulidade se pretende ou se canaliza por medio dun recurso en vía administrativa, este deberá interpoñerse dentro dos prazos legalmente establecidos (un mes se o acto é expreso, segundo os artigos 122.1 e 124.1 da Lei 39/2015).

A sentenza do Tribunal Supremo do 5 de outubro de 2002 di respecto diso que “a máis recente e firme doutrina desta sala (baste citar as sentenzas de 19 decembro 1997, de 2 decembro de 1999 e do 15 de novembro de 2000) estableceu que a imprescritibilidade na impugnación de actos ou disposicións administrativas viciados de nulidade radical só se produce no exercicio da acción prevista no artigo 109 da antiga LPA [hoxe artigo 106 da Lei 39/2015] cando se exercita ante a propia Administración, xa que pode selo «en calquera momento»; polo tanto, a firmeza do acto consentido, nos demais casos, pecha o paso á súa impugnación se non se produciu no prazo establecido”.

Polo demais, serán de aplicación os límites xerais do artigo 110 da Lei 39/2015, segundo o cal “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”.

2. INICIACIÓN DO PROCEDEMENTO

O procedemento de revisión de oficio poderá incoarse de oficio por acordo do órgano competente para acordar a declaración de nulidade, ben por propia iniciativa ou como consecuencia de orde superior, a petición razoada doutros órganos ou por denuncia, como establece con carácter xeral o artigo 58 da Lei 39/2015

Cando se trata da revisión de actos administrativos (non de disposicións), cabe tamén a iniciación a solicitude do interesado, tal como contempla de maneira expresa o artigo 106.1 da Lei 39/2015. A xurisprudencia precisou que “a acción de nulidade é unha petición dirixida á Administración en solicitude de que proceda á revisión dun acto ou disposición administrativa cualificados de nulos, con nulidade absoluta por algún dos motivos taxados pola lei; unha petición que non se produce por vía de recurso os recursos administrativos están suxeitos a prazos fugaces de caducidade” (sentenzas do Tribunal Supremo do 30 de marzo de 1992, do 6 de maio de 1992 e do 11 de outubro de 1994).

Nos casos de iniciación a solicitude do interesado, o artigo 106.3 da Lei 39/2015 permítelle ao órgano competente para resolver acordar motivadamente a non admisión a trámite da solicitude, sen necesidade de solicitar ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma, nos seguintes supostos:

- Cando estas non se baseen nalgunha das causas de nulidade do artigo 47.1.
- Cando carezan manifestamente de fundamento.
- Cando se desestimaron en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais.

O acordo de non admisión, ao impedir a continuación do procedemento, será recorrible en vía administrativa (artigo 1012.1 da Lei 39/2015) e, se é o caso, contencioso-administrativa (artigo 25.1 da Lei reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa).

A sentenza do Tribunal Supremo 12 de decembro de 2001 establecera que “a Sentenza do 12 de novembro de 2001 (recurso de casación 2674/1997) aclarou que a xurisprudencia deste tribunal distinguiu tradicionalmente dúas fases nos procedementos de revisión de

oficio. A primeira comprende a apertura dun expediente no que, tras os trámites pertinentes, a Administración determina *prima facie* se o acto ou actos cuxa revisión se pide adoecen ou non dos vicios que determinarían a súa revisión. No caso de que a conclusión sexa afirmativa, ábrese a segunda fase que inclúe a solicitude de ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma equiparable a el e a decisión de anular ou non o acto de que se trate, segundo o ditame que se emita. Pois ben, a xurisprudencia veu declarando de forma constante que nos casos en que non se tramitou o procedemento completo, nas dúas fases que se acaban de enunciar, non se pode entrar na cuestión de fondo da revisión en vía xurisdiccional dos actos administrativos e disposicións xerais de que se trate. O exame de fondo está condicionado, por iso, á previa tramitación do procedemento adecuado pola Administración autora do acto ou regulamento suxeito a revisión, do que é peza esencial o ditame favorable do Consello de Estado. Logo de eludir este trámite, ben por total inactividade que desemboca en desestimación presunta por silencio, ben por resolución expresa que denega a revisión e queda na primeira fase, o procedente non é que a xurisdición entre a coñecer do acto ou a norma, senón que, no seu caso, lle ordene á Administración que inicie o trámite da segunda fase e a conclúa ditando a pertinente resolución expresa en orde a se existe a nulidade ou anulabilidade pretendida (sentenzas do 24 de outubro de 2000, do 7 de maio de 1992 da Sala Especial do artigo 61 da LOPX, do 22 de outubro de 1990, do 18 de abril de 1988 e do 21 de febreiro de 1983, entre outras)“.

Coa redacción do artigo 106.3 da Lei 39/2015, procedente da redacción que a Lei 4/1999 lle deu ao artigo 102.3 da Lei 30/1992, é indubidable que nos casos sinalados poderá acordarse a non admisión a trámite das solicitudes de declaración de nulidade (sentenzas do 13 xullo, do 13 outubro e do 2 novembro 2004 e do 5 maio de 2005).

3. INSTRUCCIÓN

- Audiencia dos interesados

O trámite de audiencia e a vista do expediente debe concederse a todos os que posúen a condición de interesados no procedemento de revisión de oficio, aínda que non se diga expresamente no artigo 106 da Lei 39/2015, á diferenza do que sucede no artigo 107 en

relación co procedemento para a declaración de lesividade dos actos administrativos. Pola contra incorreríase nunha das infraccións do procedemento determinantes da anulabilidade (artigo 48.2 da Lei 39/2015). Así, a sentenza do Tribunal Supremo do 20 de febreiro de 1984.

A sentenza do Tribunal Supremo do 20 de decembro de 1983 sinala que “o artigo 47 da LPA, ao que se acolle especificamente a corporación municipal demandada, para acordar a indicada nulidade de pleno dereito, en efecto, a sinala para o caso de ditarse o acto prescindindo total e absolutamente do procedemento establecido para iso, pero a súa correcta aplicación require determinadas condicións e formalidades; e así cando este acto cree, recoñeza ou declare un dereito subxectivo, de modo definitivo, e en virtude da limitación imposta, con carácter xeral polo artigo 37 da Lei de réxime xurídico da Administración do Estado e, de modo específico, para os ditados polas corporacións locais, no artigo 369 da Lei de réxime local, deberán cumprirse as expresadas no artigo 109 da propia Lei de procedemento e as implícitas con elas, cal é a de audiencia previa do interesado, conforme aos artigos 23 e 91 da propia lei e o apuntado nos artigos 281 e 296 do Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das corporacións locais”. A mesma doutrina atópase en sentenzas do 11 de abril de 1983 e do 2 de febreiro de 1987.

- Ditame do Consello de Estado ou do órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma

O artigo 106 da Lei 39/2015 esixe, tanto no seu apartado 1 como no seu apartado 2, para que a Administración poida declarar a nulidade polo procedemento de revisión regulado neste artigo, “logo do ditame favorable do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma se o houber”.

No que se refire ao Consello de Estado, o artigo 22 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, recolle no seu número dez, entre os asuntos nos que debe ser consultada a comisión permanente deste órgano, a “revisión de oficio de disposicións administrativas e de actos administrativos, nos supostos previstos polas leis”.

Respecto da competencia do órgano consultivo da comunidade autónoma, interesa

precisar:

- Que será necesario –para prescindir do ditame do Consello de Estado– que o órgano consultivo teña, dentro da comunidade autónoma de que se trate, o mesmo rango de órgano superior consultivo que o Consello de Estado ten no Estado.
- Que a lexislación autonómica non prevexa expresamente que debe ditaminar o Consello de Estado.
- Que lle corresponderá ditaminar ao órgano consultivo da comunidade autónoma, non só cando se trate de declarar a nulidade dun acto da Administración da comunidade autónoma, senón dos actos das entidades locais que radiquen no seu territorio.

No caso de Galicia, a Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia, prevé no seu artigo 12, letra f), que este órgano ditaminará preceptivamente sobre revisión de oficio dos actos e das disposicións administrativas, competencia que haberá que entender nos termos que se acaban de sinalar.

4. RESOLUCIÓN

- Resolución expresa

A resolución unicamente poderá declarar a nulidade cando o ditame do Consello de Estado ou do órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma sexa favorable. Como di a sentenza do Tribunal Supremo do 20 de xaneiro de 1986 “é preceptivo o ditame favorable do Consello de Estado, de tal forma que, se é desfavorable, a Administración non pode declarar a nulidade, doutrina acorde coas sentenzas do 14 de abril de 1971 e do 29 de xaneiro de 1975, entre outras”.

Pero isto non significa que sempre que sexa favorable o ditame deba declararse a nulidade. A Administración poderá resolver “oído o Consello de Estado” (ou o órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma) cando se trate de disposicións, pero non así cando se trate de actos administrativos. Isto é o que se desprende da diferente redacción do apartado 1 e do apartado 2 do artigo 106 da Lei 39/2015; mentres que o

apartado 1 (referido a actos) di que as administracións declararán a nulidade se o ditame é favorable, o apartado 2 (referido a disposicións) di que “poderán declarar a nulidade”.

- Silencio administrativo

O artigo 106 da Lei 39/2015 prevé as consecuencias da falta de resolución expresa do procedemento de revisión de oficio no prazo máximo establecido, que é de seis meses:

- Se o procedemento se iniciou de oficio, producirase a caducidade do procedemento, en coherencia co disposto no artigo 25.1.b) da propia Lei 39/2015.
- Se o procedemento se iniciou a solicitude de interesado, poderase entender esta desestimada por silencio administrativo (silencio negativo), de acordo co artigo 24.1, parágrafo terceiro, da Lei 39/2015.

Agora ben, precisamente por presupoñer o silencio administrativo a inactividade administrativa, o normal será que esta inactividade dea lugar a omisións de trámites esenciais do procedemento determinando a nulidade de actuacións. Ao formularse a pretensión procesual fronte á denegación presunta, na que o administrado lle pide ao tribunal que se recoñeza o seu dereito, poderá atoparse cunha sentenza que non entra a examinar a cuestión exposta polo demandante. Bastará con que, examinando previamente o problema de se se cumpriron as normas esenciais de procedemento, declare a nulidade de actuacións administrativas e ordene repoñelas ao momento anterior a aquel en que se cometeu a primeira das infraccións das normas de procedemento. Así se veu establecendo nalgúns sentenzas dos órganos xurisdicionais contencioso-administrativos.

Isto implica que aquel administrado que acudiu ao proceso administrativo fronte á denegación presunta en demanda de xustiza, despois dos anos que tarda un proceso, atoparase de novo no procedemento administrativo sen obter resolución expresa, esperando a que a Administración cumpra uns trámites e a que despois dite acordo expreso.

Esta corrente, con todo, non parece correcta. O principio de tutela xurisdiccional efectiva que consagra o artigo 24 da Constitución esixe nestes casos que a sentenza se pronuncie sobre a cuestión de fondo.

Así, a sentenza do Tribunal Supremo do 29 de xaneiro de 1994 sinala que “como esta sala declarou nas sentenzas que acabamos de citar e nas do 10 de maio, do 14 de maio e do 22 de maio de 1993, e do 22 de xaneiro de 1994, o réxime da impugnación de resolucións presuntas non consente como solución a nulidade de actuacións e retroacción do expediente administrativo para que se cumpran os requisitos omitidos, senón que esixe o axuizamento das cuestións substantivas (pretensións de resarcimento e a súa cuantificación) aínda que o procedemento previo en vía administrativa se viu privado daqueles elementos de xuízo e asesoramento, entre eles o ditame do Consello de Estado, previsto polos artigos 22.13 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, e 134.3 do regulamento da Lei de expropiación forzosa”.

En idéntico sentido, a sentenza do Tribunal Supremo do 3 de outubro de 1994 no seu fundamento de dereito terceiro di que “alega o avogado do Estado, con invocación da sentenza que cita (que sinala pronunciada no Recurso número 306666/1982 en data 2 de outubro de 1992), que cando se solicita da Administración a declaración de nulidade de pleno dereito con base no artigo 109 da Lei de procedemento administrativo do 17 de xullo de 1958, e a Administración garda silencio sobre a petición, os tribunais da orde xurisdiccional contenciosa-administrativa non poden entrar a examinar e declarar, se é o caso, a nulidade radical do acto impugnado, senón que deben limitarse a ordenarlle á Administración que inicie a tramitación correspondente e a conclúa, logo de ditame do Consello de Estado, ditando a resolución procedente en orde a se se produciu ou non a nulidade radical pretendida. Deixando á parte que existen sentenzas do Tribunal Supremo que non avalan a opinión exposta polo avogado do Estado (cfr. sentenzas do 1 de setembro de 1988 e do 24 de abril de 1993), a Sala entende que no caso que se somete á súa consideración concorren circunstancias que poñen de manifesto a falta de fundamento da pretensión de nulidade de pleno dereito con que actúan o Concello de Barbate e a «Xunta de Hazas», como a continuación imos examinar, e que, nestes supostos en que de modo inequívoco non existen as causas de nulidade radical invocadas fronte á Administración do Estado, o órgano xurisdiccional debe entrar a coñecer do fondo da cuestión suscitada, sen remitila para a súa solución aos órganos administrativos co fin de que decidan sobre ela, logo da audiencia preceptiva do Consello de Estado, tendo esta solución o seu fundamento tanto na procedencia de desestimar a solicitude como no

outorgamento dunha tutela xudicial efectiva ás partes, sen introducir dilacións respecto ao axuizamento das súas pretensións (artigo 24 da Constitución), razoamentos que comportan a desestimación da alegación formulada respecto diso polo avogado do Estado”.

Polo tanto, se un administrado, en aplicación do silencio administrativo, opta por considerar desestimada unha petición de declaración de nulidade ou en recurso administrativo e acode aos tribunais, estes deben pronunciarse sobre a cuestión de fondo que expoña, sen que sexa admisible evitar tal pronunciamento polo feito de que no procedemento se incorreu en infraccións esenciais, por graves que sexan.

Existe, con todo, unha excepción ao principio sinalado: que a infracción esencial o sexa dun trámite (como o de audiencia e vista) que trate de facer efectivo o principio tan esencial como o de que ninguén pode ser condenado sen ser oído, “fundamento esencial do pronunciamento administrativo e do proceso xudicial, actualmente no artigo 24 da Constitución”. Así, a sentenza do Tribunal Supremo do 14 de setembro de 1983.

Outras sentenzas do Tribunal Supremo, como a do 12 de decembro de 2001, establecen que para que a xurisdición poida pronunciarse sobre a cuestión de fondo é necesario que o procedemento administrativo de revisión de oficio chegase á segunda fase e ditaminase o Consello de Estado.

5. EFECTOS DA REVISIÓN DE OFICIO

- Efectos xurídico-procesuais

O acto que poña fin a este procedemento de revisión será susceptible do recurso administrativo que, en cada caso, proceda, e, se é o caso, do recurso contencioso-administrativo.

Aínda cando a resolución fose denegatoria da nulidade, non poderá invocarse fronte ao recurso contencioso-administrativo a excepción de acto confirmatorio que prevé o artigo 28 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, por non darse entre o acto ou disposición cuxa nulidade se pretende e o que resolveu o procedemento de nulidade as identidades que constitúen o orzamento daquela excepción.

- *Efectos xurídico-materiais*

Os efectos serán os propios da nulidade de pleno dereito. Con todo, segundo o artigo 50 da Lei 39/2015, “os actos nulos... que... conteñan os elementos constitutivos doutros distintos producirán os efectos deste”.

Así mesmo, de acordo co artigo 106.4 da Lei 39/2015, as administracións públicas, ao declarar a nulidade dunha disposición ou acto, poderán establecer, na mesma resolución, as indemnizacións que proceda recoñecerlles aos interesados, se se dan as circunstancias previstas nos artigos 32.2 e 34.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Cando sexa declarada nula unha disposición, o mesmo precepto aclara no seu inciso final que subsistirán os actos firmes ditado na súa aplicación

III. A IMPUGNACIÓN XURISDICCIONAL DE ACTOS POLA PROPIA ADMINISTRACIÓN: A DECLARACIÓN DE LESIVIDADE.

1. NATUREZA XURÍDICA DA DECLARACIÓN DE LESIVIDADE COMO ORZAMENTO DO PROCESO DE LESIVIDADE

Chámase proceso de lesividade ao proceso xudicial ou recurso que exercita a propia Administración autora dalgún acto cando non pode anulalo ou revogalo por si mesma. Antes de interpoñer este recurso é preciso obter a declaración administrativa de que o acto é lesivo para o interese público.

Denomínase, pois, procedemento de lesividade ao procedemento administrativo que debe ser tramitado para os efectos de obter a declaración de lesividade que permita posteriormente o inicio do proceso xudicial co mesmo nome que determinará, se é o caso, a ineficacia do acto administrativo correspondente.

En canto á natureza xurídica do procedemento de lesividade, de acordo co que acabamos de expoñer, ademais de implicar un procedemento administrativo que leva unha declaración de vontade administrativa, eríxese nun orzamento procesual para o chamado proceso de lesividade. Así se desprende do artigo 43 da Lei da Xurisdición contencioso-

administrativa, que dispón 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”.

A declaración de lesividade é, polo tanto, un acto administrativo de natureza especial, en canto unicamente produce efectos no ámbito procesual (sentenza do Tribunal Supremo do 12 de marzo de 1996), polo que non é admisible a impugnación directa ante os órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa da declaración. A sentenza do Tribunal Supremo do 23 abril 2004 di a este respecto que “a declaración de lesividade non ten máis efecto que o de permitirlle á Administración instar a impugnación xurisdiccional dun acto ditado por ela mesma, e é dentro do proceso xurisdiccional que así se inicie onde deben ser emprazados todos os que estean interesados en manter a validez do devandito acto e onde poden facer valer, en beneficio dos seus dereitos e intereses, todo o que estimen conveniente en contra desa declaración de lesividade e da nulidade do acto”.

2. OBXECTO DA DECLARACIÓN DE LESIVIDADE

O artigo 107.1 da Lei 39/2015 sinala que as administracións públicas poderán impugnar ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa os actos favorables para os interesados que sexan anulables conforme ao disposto no artigo 48, logo da súa declaración de lesividade para o interese público. De aquí se desprende que son susceptibles de ser declarados lesivos:

- Os actos administrativos, pero non as disposicións de carácter xeral. Así, cando a Lei da Xurisdición contencioso-administrativa se refire ao acto obxecto do recurso contencioso-administrativo, ao longo do seu articulado emprega a expresión de “acto, disposición ou actuación”, consecuencia da admisión expresa da impugnación das disposicións de carácter xeral. Con todo, cando se refire concretamente ao proceso de lesividade, non fala para nada de “disposicións”, senón unicamente do “acto” ou “actos”, co que se pon de manifesto que a lei unicamente admite a impugnación de actos dentro do proceso de lesividade. Isto é consecuencia de que, como se verá máis adiante, a declaración de lesividade presupón a anulabilidade do acto administrativo, pero os regulamentos ilegais nunca son anulables, senón que

sempre se lles aplica a sanción da nulidade de pleno dereito.

- En segundo lugar, en canto a se a declaración de lesividade resulta admisible no ámbito contractual, a resposta positiva despréndese do artigo 34 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro. Este precepto, aínda que en principio se refire á revisión de oficio dos actos preparatorios e dos actos de adxudicación dos contratos das administracións públicas e dos contratos suxeitos a regulación harmonizada, no seu apartado 2 ocúpase de determinar tamén cal é o órgano competente para declarar a lesividade deses actos, o cal supón admitir implicitamente que son susceptibles de declaración de lesividade.

Así o entende tamén a xurisprudencia, como se pode ler no fundamento de dereito quinto da sentenza do Tribunal Supremo do 23 de abril de 2002, que sinala que “o argumento da sala de instancia non supón a imposibilidade de acudir ao procedemento de declaración de lesividade en materia de contratación administrativa, pois, neste caso, a declaración de lesividade constituía un orzamento do proceso que incoou a Administración local que neste suposto personifica a Corporación Municipal de Burgos (con suxeición ao artigo 107.2 da Lei 30/1992) e a sentenza non está a excluír a posibilidade da súa admisión, lembrando criterios xurisprudenciais precedentes contidos nas sentenzas do 27 de xuño de 1977 e do 5 de xullo de 1983, especialmente na primeira, ao recoñecer que a lesividade lles afecta ás fases preparatoria e de adxudicación do contrato.

Neste punto, a evolución xurisprudencial, superando a tese inicial contida nas sentenzas do 10 de decembro de 1934 e do 25 de marzo de 1941, estendeu a lesividade á contratación administrativa (desde a Sentenza do 13 de novembro de 1974) e non se trata, como sostén a parte recorrente en casación, dunha libre facultade resolutoria por parte da Administración, pois a impugnación dun contrato con base no seu carácter lesivo non ten o seu fundamento no incumprimento das obrigas contractuais contraídas polo contratista que dan lugar á resolución do contrato, senón en constatar se a Administración vulnerou disposicións polas que debe rexerse, repercutindo desfavorablemente nos intereses económicos ou doutra

orde da Administración”.

- En terceiro lugar, terá que tratarse de actos favorables ou declarativos de dereitos. Os actos desfavorables ou de gravame poden ser obxecto de revogación pola propia Administración autora destes sen necesidade de declaración de lesividade nin de impugnación ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa, nos termos previstos polo artigo 109.1 da Lei 39/2015, que se analizará máis adiante.

- Por último, o acto terá que estar incurso nalgunha infracción do ordenamento xurídico, incluída a desviación de poder, determinante da súa anulabilidade, de acordo co establecido no artigo 48 da Lei 39/2015. *Sensu contrario*, non poden ser obxecto de declaración de lesividade nin os actos nulos de pleno dereito (respecto dos cales cabe exercer, en cambio, a potestade de revisión de oficio xa estudada) nin os actos afectados de irregularidades non invalidantes, tales como defectos de forma que non os priven dos requisitos formais indispensables para alcanzar o seu fin ou non dean lugar á indefensión dos interesados.

3. PROCEDEMENTO PARA A DECLARACIÓN DE LESIVIDADE

De acordo co artigo 107.2 da Lei 39/2015, a declaración de lesividade está sometida a un prazo de caducidade de catro anos, que se conta desde que se ditou o acto administrativo.

O procedemento iníciase sempre de oficio; os particulares que queren obter a anulación de actos administrativos incursos en vicio de anulabilidade teñen que utilizar os recursos administrativos e contencioso-administrativos ordinarios, con suxeición aos breves prazos preclusivos de interposición correspondentes e non ao de catro anos que rexe para a declaración de caducidade.

Con todo, no procedemento da declaración de lesividade é preceptiva a audiencia previa de cantos aparezan como interesados neste, nos termos xerais establecidos polo artigo 82 da Lei 39/2015 para a audiencia dos interesados no procedemento administrativo.

En canto á competencia para a declaración de lesividade, o artigo 107.4 da Lei 39/2015

limitábase a prever que, se o acto proviñese da Administración xeral do Estado ou das comunidades autónomas, a declaración de lesividade adoptárase polo órgano de cada Administración competente na materia. No ámbito autonómico galego, esta cuestión está regulada no artigo 3 da Lei 6/2001, que lle atribúe a competencia para resolver os procedementos de revisión de oficio dos actos administrativos nulos, declarar a lesividade dos anulables e revogar os de gravame ou desfavorables aos seguintes órganos:

- O Consello da Xunta respecto dos seus propios actos ou os actos das súas comisións delegadas.
- Os conselleiros respecto dos seus propios actos e os ditados por órganos dependentes destes, así como aos 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.
- Os órganos superiores de goberno dos organismos autónomos e entes de dereito público respecto dos actos ditados por órganos dependentes destes.

En cambio, cando se trate de actos das entidades locais, o propio artigo 107 da Lei 39/2015 sinala no seu apartado 5 que a declaración de lesividade se adoptará polo pleno da corporación ou, en defecto deste, polo órgano colexiado superior da entidade.

O prazo máximo para ditar a resolución é de seis meses desde a iniciación do procedemento, segundo o artigo 107.3 da Lei 39/2015, e a falta de resolución expresa produce a caducidade do procedemento, en consonancia coas previsións xerais do artigo 25.1.b) da devandita lei.

De acordo co segundo parágrafo do artigo 107.2 da Lei 39/2015, a declaración de lesividade non é susceptible de recurso, sen prexuízo do seu exame como orzamento procesual de admisibilidade da acción no proceso xudicial correspondente. Este mesmo precepto dá tamén a entender que non é preceptiva a súa notificación aos interesados, deixando á decisión da Administración o facelo “para os simples efectos informativos”, o cal se explica precisamente por que a declaración de lesividade non produce máis efecto xurídico que o de servir de orzamento procesual de admisibilidade da acción no proceso

de lesividade, do que se falará a continuación.

4. O PROCESO DE LESIVIDADE

Declarada a lesividade pola Administración competente, xa pode interpoñerse recurso contencioso-administrativo contra o acto declarado lesivo. As especialidades fundamentais que presenta o recurso contencioso-administrativo son as seguintes:

- Lexitimación activa. Correspóndelle á Administración autora do acto, aínda que como partes codemandantes poden intervir quen teña interese directo na anulación.
- Lexitimación pasiva. Correspóndelle a quen teña interese en manter o acto declarado lesivo por derivarse ao seu favor dereitos ou intereses lexítimos. Trátase, polo tanto, do único suposto en que nun proceso contencioso-administrativo pode non aparecer como parte demandada ningunha administración pública ou ente administrativo.
- Prazo de interposición. De acordo co artigo 46.5 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa, “o prazo para interpoñer recurso de lesividade será de dous meses a contar desde o día seguinte á data da declaración de lesividade”.
- Presentación do recurso. Sinala o artigo 45.4 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa que “o recurso de lesividade iniciárase por demanda formulada de acordo co artigo 56.1, que fixará con precisión a persoa ou persoas demandadas e a súa sede ou domicilio, se constase. A esta demanda acompañaranse, en todo caso, a declaración de lesividade, o expediente administrativo e, se procede, os documentos das letras a) e d) do apartado 2 deste artigo”.
- Emprazamento dos demandados. Segundo o artigo 49.6 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa, “o emprazamento dos demandados no recurso de lesividade efectuarase persoalmente polo prazo de nove días”.

4. A REVOGACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A revogación consiste na eliminación dun acto administrativo pola propia Administración

autora do acto por motivos de oportunidade.

O artigo 109.1 prevea exclusivamente para os actos de gravame ou desfavorables, posto que, como xa se viu, a revogación pola Administración dos actos favorables ou declarativos de dereitos en principio só é posible por motivos de legalidade a través da vía da revisión de oficio, se están incursos en causa de nulidade de pleno dereito; se están incursos en causa de anulabilidade, a súa anulación resévaselles aos órganos da orde xurisdiccional contenciosa-administrativa (principio de irrevogabilidade pola Administración dos actos administrativos favorables ou declarativos de dereitos).

A revogación dos actos de gravame ou desfavorables sométese a tres límites:

- Non pode transcorrer o prazo de prescrición que resulte de aplicación ao dereito ou obriga que derive do acto.
- A revogación non pode constituír dispensa ou exención non permitida polas leis.
- A revogación non pode ser contraria ao principio de igualdade, ao interese público ou ao ordenamento xurídico.

Non se regula ningún procedemento para esta revogación, polo que deberá tramitarse aplicando as regras xerais dos procedementos administrativos.

Ademais do réxime xeral contido na Lei 39/2015, García de Enterría sinala os seguintes supostos especiais de revogación:

- A inexistencia dunha regulación xeral que posibilite a revogación de actos por razóns de oportunidade deu lugar a que na práctica proliferasen as “reservas de revogación” ou cláusulas accesorias que en determinados actos negociais lle garanten á Administración a posibilidade de revogación cando así o esixa o interese público.

Segundo García de Enterría tales cláusulas son improcedentes cando o acto ou negocio no que se insiren resulta do exercicio dunha potestade regrada. Se a potestade é discrecional, a reserva de revogación será, en principio, admisible, sempre que se acompañe a previsión dunha indemnización a favor do beneficiario

do acto. Se a finalidade da reserva é excluír a indemnización garantindo a absoluta liberdade revogatoria (cláusula de precario), só cabe admitilas en casos excepcionais.

- Nos actos suxeitos a condición, o incumprimento desta xustifica a revogación do acto (revogación sanción). Este é o suposto contemplado, por exemplo, no primeiro parágrafo do artigo 16 do Regulamento de servizos da corporacións locais aprobado por Decreto do 17 de xuño de 1955: "As licenzas quedarán sen efecto se se incumprisen as condicións ás que estivesen subordinadas".

- Por último, alude o citado autor ás revogacións indirectas, é dicir, a todos aqueles supostos en que un acto posterior modifica, desvirtúa ou provoca a ineficacia en todo ou en parte doutro anterior ou daquel que servía de base a este último, a partir dunha cobertura legal específica.

BIBLIOGRAFÍA

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de derecho administrativo*, 26.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, I, 17.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, I, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 15.

**O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO:
CONCEPTO E NATUREZA. A LEI DO
PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN
DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: ÁMBITO
DE APLICACIÓN. GARANTÍAS DO
PROCEDEMENTO**

TEMA 15. O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E NATUREZA. A LEI DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN. GARANTÍAS DO PROCEDEMENTO.

I. O PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO E NATUREZA

1. CONCEPTO

Nun estado de dereito, seguindo a García de Enterría, debe existir un conxunto de garantías do cidadán fronte á administración. Entre elas destaca todo o sistema de recursos administrativos e o control xudicial. Con todo e, como garantía preventiva para que estes sistemas reactivos non entren en funcionamento xorde o procedemento administrativo.

O procedemento administrativo configúrase así como unha garantía do cidadán fronte á Administración, obrigando a que a actuación desta se canalice a través dun íter preconfigurado.

A doutrina kelseniana configurou unha noción de procedemento como íter xuridicamente regulado a través do cal unha manifestación xurídica dun plano superior (xeralmente, unha norma) produce efectos xurídicos nun plano inferior (xeralmente a través dun acto aplicativo singular).

Conectando tal noción co feito de que a Administración pública serve con obxectividade ao interese xeral e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e con sometemento pleno á lei ao dereito (artigo 103.1 da Constitución), e entendendo este sometemento á lei de acordo coa moderna formulación do principio de legalidade da Administración como circunscrición das súas potestades ás que o ordenamento lle confire expresamente, o concepto de procedemento administrativo non ofrece dúbidas, sendo aquel por medio do cal a Administración fai efectivo o mandato ou a habilitación que consta nunha lei actuando en cada caso concreto para producir actos ou regulamentos.

A exposición de motivos da Lei de procedemento administrativo de 1958 referíase ao procedemento administrativo como “a canle formal da serie de actos en que se concreta a

actuación administrativa para a consecución dun fin”.

Materialmente, todo procedemento administrativo aparece como unha sucesión de actos, que tanto poden provir da Administración como dos administrados, e que finalmente conflúen para dar lugar a un acto definitivo ou resolución, que poñerá termo ao propio procedemento determinando o sentido da vontade administrativa no caso concreto.

2. NATUREZA

Os autores, con todo, non alcanzaron unha postura unánime no tocante á relación entre os distintos actos singulares que integran o procedemento e o acto definitivo ou resolución que lle pon termo, xerándose ao redor de tal extremo unha dualidade de posturas acerca da natureza do procedemento administrativo.

Unha primeira postura vén sostendo que o procedemento administrativo é un complexo de actos, é dicir, unha sucesión ordenada de actuacións que conducen, de acordo cun íter xuridicamente regulado, á adopción dunha decisión. Deste xeito, cada un dos concretos actos que integran o procedemento posúe a súa propia substantividade e autonomía, sen prexuízo do seu carácter instrumental respecto da resolución final.

Unha segunda tese, con todo, veu concibindo o procedemento administrativo non como un complexo de actos, senón como un acto complexo, de modo que os distintos trámites que o integran non teñen outro fin que o de procurar a progresiva e gradual conformación da vontade administrativa, cuxa exteriorización se atopa exclusivamente no acto definitivo ou resolución, resultante, pois, da agregación unitaria da función e do contido de todos e de cada un dos trámites precedentes.

O propio dereito positivo español non foi alleo á cuestión da relación entre os distintos actos que integran o procedemento e o acto definitivo ou resolución, en particular polo que concirne ao máis relevante dos problemas que esta cuestión expón, cal é o do réxime de impugnación de tales actos de trámite, reconducible á determinación de se estes son ou non susceptibles de recurso separado e independente do que eventualmente resulte posible contra a resolución final.

A tese que terminou prevalecendo no noso dereito, plasmada tanto na Lei 39/2015, do 1

de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, como na Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, é a da non posibilidade de impugnación dos actos de trámite salvo en determinados supostos cualificados, definidos como aqueles que poñen fin ao procedemento, determinan a imposibilidade de continuado ou producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos (artigos 112.1 da Lei 39/2015 e 25.1 da Lei 29/1998), supostos nos cales se permite, pois, a impugnación de tales actos con carácter previo e independente á da resolución final que eventualmente puidese recaer.

3. FINS

A actuación de acordo con procedementos formalizados é unha esixencia do funcionamento de toda organización complexa, pois facilita o control dos órganos xerarquicamente superiores sobre os inferiores e obriga a tales órganos para actuar de maneira fundamentada e obxectiva.

No ámbito xurídico, é con Merkl cando o procedemento transcende a esfera do xudicial e se encadra dentro da teoría xeral do dereito, sendo o xudicial, o administrativo ou o lexislativo simples concrecións.

Se o procedemento xudicial ten como finalidade a satisfacción das pretensións de parte, o administrativo constitúe unha garantía dos dereitos dos administrados, pero non esgota aí a súa finalidade, senón que busca tamén a satisfacción do interese xeral e a participación dos cidadáns en todos os asuntos públicos e en especial na determinación daquilo que se entende por interese xeral.

En particular, no ámbito da Administración pública co procedemento perséguese alcanzar os tres obxectivos seguintes:

- A pronta e eficaz satisfacción do interese xeral, é dicir, a legalidade, acerto e oportunidade das disposicións xerais e resolucións administrativas, en relación coas esixencias de racionalidade e obxectividade da actuación da Administración.
- A garantía dos dereitos e intereses dos administrados, pois a existencia de procedementos formalizados de resolución permítelles aos interesados facer valer

eses dereitos e intereses antes de que se adopten as decisións. Isto é de grande importancia polas limitacións que á garantía xurisdiccional impón o privilexio de autotutela do que goza a Administración no noso dereito. Neste sentido, o artigo 105.c) da Constitución establece que a lei regulará “o procedemento a través do cal deben producirse os actos administrativos, garantindo, cando cumpra, a audiencia do interesado”.

- A democratización da administración pública, dado que a través do procedemento os cidadáns poden participar na elaboración das disposicións xerais e das resolucións administrativas achegando as súas suxestións e puntos de vista. Trátase dunha forma de participación directa dos administrados na Administración, que en último termo atopa fundamento no dereito fundamental a participar directamente nos asuntos públicos recoñecido no artigo 23.1 da Constitución.

II. A LEI DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. RÉXIME DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA A REGULACIÓN DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

A regulación dun procedemento administrativo unitario, de aplicación a todas as administracións públicas, é o cometido que o lexislador constituínte lle conferiu ao Estado, sinalando neste sentido o artigo 149.1.18 da Constitución que é competencia exclusiva do Estado a regulación do “procedemento administrativo común”. En consecuencia, e a diferenza do que sucede co resto do réxime xurídico das administracións públicas, extremo sobre o cal a competencia estatal secircunscribe á formulación de bases, respecto do procedemento administrativo a competencia estatal é plena e non limitada ao estrito nivel de bases.

Con todo, a competencia estatal para definir o réxime aplicable ao procedemento administrativo atopar unha primeira modulación na competencia autonómica para fixar a organización do seu propio aparato administrativo, comprendida dentro da súa xenérica potestade de organización das súas institucións de autogoberno, pois é evidente que a dita atribución debe despregar necesariamente unha certa incidencia sobre o

procedemento administrativo (por exemplo, a determinación do órgano competente para entender de cada unha das fases ou etapas de procedemento). Por tal razón, a propia Constitución, logo de establecer a competencia estatal para fixar o réxime xurídico de procedemento administrativo común, engade “sen prexuízo das especialidades derivadas da organización propia das comunidades autónomas”.

O Tribunal Constitucional, pola súa banda, sinalou igualmente que as normas procedimentais non poden deixar de reflectir extremos ligados ao réxime substantivo aplicable ao ámbito de que se trate, cuxa definición pode corresponder á respectiva comunidade autónoma, polo que debe deixarse a salvo a posibilidade da incidencia das correspondentes normas autonómicas sobre a regulación do procedemento administrativo en tales supostos, como será o caso da definición, por exemplo, dos requisitos que se deben acreditar para a obtención dunha autorización e da forma de proceder á devandita acreditación.

A Constitución, como se sinalou, cualifica o procedemento administrativo cuxa regulación lle corresponde ao Estado como “común”, expresión que, primariamente, implica a súa aplicación á totalidade das administracións públicas. É precisamente esta aplicabilidade xeral a que constitúe, desde unha perspectiva material ou substantiva, o fundamento ou a razón esencial do outorgamento ao Estado da atribución para definir normativamente a regulación do procedemento administrativo, pois por virtude daquela garántese a existencia de trámites comúns á totalidade das organizacións administrativas que aseguran a igualdade de trato dos administrados ante estas e facilitan e axilizan, ao tempo, a súa comunicación recíproca, para favorecer a eficacia administrativa.

2. CONTIDO E ESTRUCTURA DA LEI DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

A materialización legal de tal competencia estatal prodúcese na actualidade na Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, que, xunto coa Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, veu a substituír á precedente Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

O contido da lei pode sintetizarse atendendo á súa propia estrutura en títulos:

- Título preliminar. Nel recóllense as disposicións xerais da lei, que abarcan o seu obxecto e ámbito subxectivo de aplicación.
- Título I. Regula a figura dos interesados no procedemento, o que inclúe a capacidade de obrar ante as administracións públicas e o concepto de interesado, co réxime de representación deste nas actuacións administrativas, e a identificación e sinatura dos interesados no procedemento administrativo.
- Título II. Baixo a rúbrica “Da actividade das administracións públicas” recóllense as normas xerais de actuación destas, incluíndo o catálogo xeral de dereitos das persoas nas súas relacións coas administracións públicas (artigo 13) e outras moitas cuestións (relacións electrónicas coa Administración, lingua dos procedementos, rexistros, arquivo de documentos, colaboración dos particulares coa Administración, obriga de resolver os procedementos e réxime da falta de resolución expresa, réxime os documentos administrativos e dos achegados polos administrados), ademais da regulación dos termos e prazos administrativos.
- Título III. Ocúpase dos actos administrativos, comezando polo seu requisitos xerais, para a continuación recoller o réxime de eficacia destes, coa presunción xeral de validez e a regulación da súa notificación e publicación, e acabar coa nulidade e a anulabilidade.
- Título IV. Dedícase ás disposicións sobre o procedemento administrativo común propiamente dito. En primeiro lugar, desenvólvense as garantías do procedemento en forma dunha táboa de dereitos dos interesados; a continuación, regúlase cada unha das fases do procedemento (iniciación, instrución e finalización); despois, artículase a tramitación simplificada do procedemento administrativo común; finalmente, trátase a execución dos actos administrativos.
- Título V. Regula a revisión dos actos en vía administrativa, tanto de oficio como a través dos recursos administrativos.
- Título VI. Establece o réxime xurídico básico de exercicio da iniciativa lexislativa e

da potestade para ditar regulamentos e outras disposicións.

3. ÁMBITO OBXECTIVO DE APLICACIÓN

Desde a perspectiva do seu ámbito obxectivo, o artigo 1 da Lei 39/2015 sinala que “a presente lei ten por obxecto regular os requisitos de validez e a 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 a potestade regulamentaria”.

Así pois, a Lei 39/2015 asume un triplo cometido:

- Regular os requisitos de validez e eficacia dos actos administrativos.
- Regular o procedemento administrativo común a todas as administracións públicas, incluíndo o sancionador e o de reclamación de responsabilidade patrimonial a aquelas.
- Establecer os principios aos que se debe axustar o exercicio da iniciativa lexislativa e a potestade regulamentaria.

Como se pode observar, a regulación do procedemento administrativo común non se reduce á do procedemento que debe seguirse para a realización da actividade xurídica da Administración (iniciación, ordenación, instrución, terminación, execución, termos e prazos, recepción e rexistro de documentos). Nesta competencia deben incluírse tamén os principios e normas que prescriben a forma de elaboración dos actos, os requisitos de validez e eficacia, os modos de revisión e os medios de execución dos actos administrativos, e sinaladamente as garantías xerais dos particulares no seo do procedemento (sentenza do Tribunal Constitucional 227/1988), sen que, con todo, diso poida deducirse que forme parte desta materia competencial toda 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.

Así mesmo, a Lei 39/2015 reforzou o carácter preceptivo e de aplicación directa, e non

simplemente supletoria en defecto da regulación específica de cada procedemento, das normas sobre procedemento administrativo común, ao prever no seu artigo 1.2 que só mediante lei, cando resulte eficaz, proporcionado e necesario para a consecución dos fins propios do procedemento, e de maneira motivada, poderán incluírse trámites adicionais ou distintos aos contemplados na Lei 39/2015. Todo iso sen prexuízo de que regulamentariamente poidan establecerse especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do concreto procedemento por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que se van solicitar.

A propia Lei 39/2015 ocúpase na súa disposición adicional primeira dos ámbitos nos que existen especialidades procedimentais por razón da materia (procedementos especiais, en oposición ao procedemento administrativo común ou xeral), establecendo que os procedementos administrativos regulados en leis especiais por razón da materia que non esixan algún dos trámites previstos na Lei 39/2015 ou regulen trámites adicionais ou distintos rexeranse, respecto destes, polo disposto nas devanditas leis especiais.

En particular, esta disposición sinala que as seguintes actuacións e procedementos rexeranse pola súa normativa específica e supletoriamente polo disposto na Lei 39/2015:

- As actuacións e procedementos de aplicación dos tributos en materia tributaria e aduaneira, así como a súa revisión en vía administrativa.
- As actuacións e procedementos de xestión, inspección, liquidación, recadación, impugnación e revisión en materia de Seguridade Social e Desemprego.
- As actuacións e procedementos sancionadores en materia tributaria e aduaneira, na orde social, en materia de tráfico e seguridade viario e en materia de estranxeiría.
- As actuacións e procedementos en materia de estranxeiría e asilo.

4. ÁMBITO SUBXECTIVO DE APLICACIÓN

O ámbito subxectivo de aplicación da Lei 39/2015 defínese no seu artigo 2. En principio, o apartado 1 do artigo prevé que a lei se aplicará a todo o chamado “sector público”, que

comprende:

- A Administración xeral do Estado.
- As administracións das comunidades autónomas.
- As entidades que integran a Administración local.
- O sector público institucional, definido no apartado 2 do artigo 2.

Agora ben, en realidade a Lei 39/2015 só se lles aplica de maneira xeral aos entes que, segundo o apartado 3 do seu artigo 2, teñen a consideración de administracións públicas, é dicir, ás administracións públicas territoriais (Administración xeral do Estado, administracións da comunidades autónomas e entidades locais) e a unha parte do sector público institucional, os organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes das administracións públicas.

Nesta última categoría englobáanse:

- No ámbito estatal, acudindo ao catálogo de entidades do sector público institucional contido no artigo 84.1 da Lei 40/2015, os organismos autónomos, as entidades públicas empresariais, as autoridades administrativas independentes e os consorcios, ademais doutras entidades de dereito público dotadas de réximes xurídicos especiais, como as axencias, en tanto subsistan baixo esta forma de personificación, as autoridades portuarias e Portos do Estado, as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, o Centro Nacional de Intelixencia ou o Banco de España.
- No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, as entidades públicas instrumentais enunciadas no artigo 45.a) da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, é dicir, os organismos autónomos, as axencias públicas autonómicas, as entidades públicas empresariais e os consorcios autonómicos, ademais de, como no caso estatal, outras entidades de dereito público con réximes xurídicos especiais, entre as que destaca o Servizo Galego de Saúde.

- No ámbito da administración local, os organismos autónomos locais e de entidades públicas empresariais locais, regulados no artigo 85 bis da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, ademais dos consorcios locais.

En cambio, a aplicación da Lei 39/2015 ao resto do sector público institucional vese matizada polos apartados 2 e 4 do artigo 2 da lei nos termos seguintes:

- As entidades de dereito privado vinculadas ou dependentes das administracións públicas (fundamentalmente, sociedades mercantís públicas e fundacións do sector público) só quedarán suxeitas ao disposto nas normas da Lei 39/2015 que especificamente se refiran a estas e, en todo caso, cando exerzan potestades administrativas.
- As universidades públicas rexeranse pola súa normativa específica e só supletoriamente polas previsións da Lei 39/2015, a pesar de que indubidablemente son entidades de dereito público vinculadas a administracións públicas e desenvolven en exclusiva tarefas públicas (a xestión do servizo público do ensino superior universitario).
- As corporacións de dereito público (é dicir, as corporacións representativas de intereses económicos ou profesionais do tipo dos colexios profesionais ou as cámaras oficiais de comercio, industria, servizos e navegación) rexeranse pola súa normativa específica no exercicio das funcións públicas que lles foran atribuídas por Lei ou delegadas por unha administración pública, e só supletoriamente pola Lei 39/2015.

Finalmente, hai que ter en conta tamén que a disposición adicional quinta da Lei 39/2015 matiza que 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 asembleas lexislativas das comunidades autónomas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Defensor do Pobo rexeranse polo previsto na súa normativa específica, no marco dos principios que inspiran a actuación administrativa de acordo coa Lei 39/2015. En definitiva, desta só se lles aplican os principios inspiradores da actuación administrativa.

III. GARANTÍAS DO PROCEDEMENTO

1. PRINCIPIOS XERAIS DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

O exame doutrinal do procedemento administrativo adoita iniciarse sinalando un conxunto de principios xerais cuxa virtualidade estriba en mostrar as grandes tendencias ou orientacións que moven ao lexislador ao definir a regulación concreta da devandita institución, evidenciando, por iso, aqueles de modo especialmente gráfico a completa instrumentalidade das concretas solucións adoptadas en canto simples medios tendentes a aplicar ou facer efectivas grandes directrices políticas ou administrativas na regulación do actuar da Administración.

A enumeración dos concretos principios xerais que deben estimarse como tales varía duns autores a outros, aínda que existe un consenso xeral ao redor da necesaria concepción como tales dos que se enumeran a continuación.

- Principio de legalidade

Ao longo da historia, o principio de legalidade entendeuse de forma distinta. Así, na súa formulación inicial, propio da teoría francesa de separación de poderes no seu sentido máis estrito, a Administración limitábase a unha execución material do contido legal sen que se apreciase ningunha marxe de vontade ou autonomía administrativa.

Posteriormente, a execución material da lei vinculouse á consecución de fins públicos, recoñecéndose un marco de autonomía subxectiva da Administración, pero dentro do límite marcado pola lei, de modo que a Administración podería realizar todo aquilo que non se lle prohibise expresamente. Esta teoría coñécese como de vinculación negativa á lei.

Actualmente, a teoría que prevalece é a da vinculación positiva á lei, na que se recoñece un ámbito de actuación discrecional da Administración pública, pero sempre dentro duns parámetros legais, é dicir, o obrar discrecional da Administración só é posible dentro da lei e cando esta expresamente o permite, posto que, pola contra falaríamos de arbitrariedade e non de discrecionalidade administrativa.

Neste sentido, o artigo 103.1 da Constitución establece que “a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao dereito”.

O principio de legalidade é, obviamente, o primeiro dos principios do procedemento administrativo, como o é do total actuar da Administración. O procedemento administrativo é, en consecuencia, e ao tempo, garantía da legalidade administrativa e medio concreto para a súa aplicación no actuar da Administración.

- Principio de impulso de oficio

O procedemento administrativo, como calquera outro, aparece como un conxunto de actos cuxa sucesión no tempo determina o seu avance desde o seu inicio ata a súa terminación a través das súas distintas fases ou etapas.

En consideración aos fins públicos que, por definición, todo procedemento administrativo debe perseguir, o lexislador impuxo a vixencia dun principio de impulso de oficio na súa tramitación, de modo que é a propia Administración que tramita o procedemento a que debe coidar de oficio de que este avance a través das súas distintas fases ou etapas unha vez que concorran os requisitos legais necesarios para iso, sen que tal carga lles corresponda aos administrados.

Tal principio atópase referendado explicitamente a nivel positivo polo artigo 71.1 da Lei 39/2015, que sinala que o procedemento se impulsará de oficio en todos os seus trámites, de modo que terminada unha das súas fases ou etapas, a Administración debe necesariamente dispoñer o necesario para a apertura da que lle siga, con independencia da eventual omisión ou inactividade dos interesados.

Con idéntico fundamento ao impulso de oficio, é dicir, a tutela dos intereses públicos que todo procedemento administrativo debe perseguir, a lei impón a oficialidade como principio inspirador da súa tramitación, de modo que os trámites que o integran, na medida en que se revelen necesarios para alcanzar o seu fin, deben ser acordados e practicados de oficio pola Administración, con independencia da actitude que adopten os

eventuais interesados.

Así, o artigo 75.1 da Lei 39/2015 dispón que “os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos feitos en virtude dos cales deba pronunciarse a resolución, realizaranse de oficio e a través de medios electrónicos, polo órgano que tramite o procedemento, sen prexuízo do dereito dos interesados a propoñer aquelas actuacións que requiran a súa intervención ou constitúan trámites legal ou regulamentariamente establecidos”, engadindo o artigo 77.2 que “cando a Administración non teña por certos os feitos alegados polos interesados ou a natureza do procedemento o esixa, o instructor 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”.

- Principio de tramitación electrónica

Este principio é unha importante novidade da Lei 39/2015, que sinala no seu Preámbulo que “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 só serve mellor aos 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 ofrecerlles información puntual, áxil e actualizada aos interesados”.

Por conseguinte, as administracións públicas xa non contan con outros rexistros para a recepción de documentos que non sexan os de carácter electrónico, o que obriga a dixitalizar calquera documento presentado de maneira presencial na correspondente oficina de asistencia en materia de rexistros, conforme ao previsto polo artigo 16 da Lei 39/2015. Así mesmo, os expedientes administrativos pasan a ter unicamente formato electrónico (artigo 70.2), o procedemento impulsarase a través de medios electrónicos (artigo 71.1) e os actos administrativos producíranse por escrito a través de medios electrónicos, a menos que a súa natureza esixa outra forma máis adecuada de expresión e

constancia (artigo 36.1). Da mesma maneira, todas as notificacións administrativas poñeranse á disposición do interesado na sede electrónica da Administración ou organismo actuante, sen prexuízo do dereito que este poida exercer, se é o caso, a solicitar que se lle entreguen en papel (artigo 42.1).

- Principio de contradición

Todo procedemento administrativo debe tramitarse contraditoriamente, é dicir, ponderar a totalidade dos intereses implicados e darlles audiencia, para ese efecto, aos seus eventuais titulares.

Como medios para garantir a vixencia de tal principio pode enumerarse a posibilidade que o artigo 76.1 da Lei 39/2015 lles confire aos interesados de, previamente ao trámite de audiencia, aducir alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo, debendo o órgano competente tomalos en consideración ao redactar a correspondente proposta de resolución, ou a de participar na práctica das probas que o órgano instructor acordase, os termos do artigo 78.

Con todo, o medio esencial a través do cal se fai efectivo o principio de contradición no procedemento administrativo é, sen dúbida, o trámite de audiencia a que alude o artigo 82 da Lei 39/2015, pois a través deste o interesado pode facer valer a súa posición unha vez incorporados ao procedemento a totalidade dos elementos que o órgano competente haberá de ponderar para adoptar unha decisión. Este trámite adquire no noso ordenamento xurídico relevancia constitucional, pois o artigo 105.c) da Lei fundamental prevé que a lei regulará “o procedemento a través do cal deben producirse os actos administrativos, garantindo, cando cumpra, a audiencia do interesado”.

Tamén hai que destacar o recoñecemento do dereito de participación a través do trámite de información pública, regulado no artigo 83 da Lei 39/2015.

Agora ben, como sinalou reiteradamente a xurisprudencia, a omisión da regra da contradición só ten unha virtualidade anulatoria da actividade administrativa naqueles casos en que produce unha minoración real ou material do dereito de defensa do que tal principio é mera derivación, polo que a mera omisión de trámites formais, como o propio

trámite de audiencia, carecerá de tal eficacia invalidatoria a condición de que non causase unha real e auténtica indefensión. Tal é a razón pola cal o apartado 4 do artigo 82 da Lei 39/2015 sinala que “se poderá 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”

- Principio de celeridade

Por consistir o procedemento administrativo nunha sucesión ordenada de actos no tempo, é evidente que na súa tramitación debe investirse necesariamente un certo lapso de tempo. Con todo, e a fin de evitar innecesarias dilacións que puidesen aprazar a satisfacción do interese público ou xeral que o procedemento debe necesariamente perseguir, o lexislador impuxo un principio de celeridade na súa tramitación, de maneira que tal lapso sexa exclusivamente o necesario para atender o cumprimento dos distintos trámites, sen dilacións indebidas ou innecesarias.

Deste xeito, o artigo 71.1 da lei 39/2015 sinala que o procedemento se atopa sometido ao principio de celeridade. Para garantir o cumprimento deste principio, o apartado 3 do mesmo artigo fai ás persoas designadas como órgano instructor ou, se é o caso, aos titulares das unidades administrativas que teñan atribuída tal función directamente responsables da tramitación do procedemento e, en especial, do cumprimento dos prazos establecidos. Así mesmo, o artigo 72 prevé que, de acordo co principio de simplificación administrativa, se acordarán nun só acto todos os trámites que, pola súa natureza, admitan un impulso simultáneo e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo, e que, cando se soliciten os trámites que deban ser cumpridos por outros órganos, se consigne na comunicación cursada o prazo legal establecido para o efecto. Na mesma liña, o artigo 74 establece que as cuestións incidentais que se susciten no procedemento, incluso as que se refiran á nulidade de actuacións, non suspenderán a tramitación deste, salvo a recusación. Por último, o artigo 75.2 dispón que as aplicacións e sistemas de información utilizados para a instrución dos procedementos deberán garantir, entre outros extremos, o control dos tempos e prazos.

- Principio de gratuidade

Por regra xeral, o procedemento administrativo é gratuíto, é dicir, non comporta a necesidade de ningún pagamento de cantidades á Administración polo seu inicio ou tramitación por parte dos interesados. Por iso é polo que non se esixen no procedemento administrativo requisitos de postulación, e os interesados poden comparecer por si mesmos e sen necesidade de asistencia letrada.

Iso, con todo, debe entenderse sen prexuízo dos dereitos económicos xerados en favor da Administración por actuacións concretas realizadas a instancia e interese do administrado, como a expedición de copias ou certificacións de documentos, ou a práctica de probas instadas polo interesado (artigo 78.3 da Lei 39/2015).

- Principio de lexitimación

Para promover a iniciación dun procedemento administrativo ou participar nun xa iniciado é necesario alegar unha relación especial co obxecto deste, salvo nos supostos en que a lei lles recoñece aos cidadáns a chamada “acción popular” ou “acción pública”. Esa relación especial co obxecto do procedemento consistirá na titularidade dun dereito subxectivo ou dun interese lexítimo, individual ou colectivo, que se poida ver afectado pola resolución do procedemento, nos termos establecidos polo artigo 4 da Lei 39/2015, segundo o cal se consideran interesados no procedemento administrativo:

- Quen o promova como titulares de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.
- Os que, sen iniciar o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que se atope neste.
- Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución e se presenten no procedemento en tanto non recaese resolución definitiva.

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

Cando a condición de interesado derivase dalgunha relación xurídica transmisíble, o habente dereito sucederá en tal condición calquera que sexa o estado do procedemento.

- Principio de imparcialidade

O artigo 103.1 da Constitución Española sinala que a Administración serve con obxectividade os intereses xerais. Tal directiva de obxectividade, con todo, puidese verse gravemente comprometida de tolerar a intervención no procedemento de funcionarios ou outros axentes ao servizo da Administración cando nestes concorran circunstancias que humanamente poden torcer a súa necesaria rectitude de xuízo. Para tal fin instáuranse e disciplínanse as causas de abstención e recusación, cuxa finalidade ou designio último é garantir a imparcialidade do axente administrativo e, polo tanto, e en último termo, a propia independencia da Administración.

De acordo co artigo 23 da Lei 40/2015, as autoridades e o persoal ao servizo das administracións en quen se dea algunhas das circunstancias sinaladas a continuación absteranse de intervir no procedemento e comunicarano ao seu superior inmediato, quen resolverá o procedente:

- Ter interese persoal no asunto de que se trate ou noutro en cuxa resolución puidese influír a daquel; ser administrador de sociedade ou entidade interesada, ou ter cuestión litixiosa pendente con algún interesado.
- Ter un vínculo matrimonial ou situación de feito asimilable e o parentesco de consanguinidade dentro do cuarto grao ou de afinidade dentro do segundo, con calquera dos interesados, cos administradores de entidades ou sociedades interesadas e tamén cos asesores, representantes legais ou mandatarios que interveñan no procedemento, así como compartir despacho profesional ou estar asociado con estes para o asesoramento, a representación ou o mandato.
- Ter amizade íntima ou inimidade manifesta con algunha das persoas mencionadas no apartado anterior.
- Intervir como perito ou como testemuña no procedemento de que se trate.

- Ter relación de servizo con persoa natural ou xurídica interesada directamente no asunto, ou prestarlle nos dous últimos anos servizos profesionais de calquera tipo e en calquera circunstancia ou lugar.

Os órganos xerarquicamente superiores a quen se atope nalgunha das circunstancias sinaladas no punto anterior poderán ordenarlle que se absteñan de toda intervención no expediente.

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, aínda que a non abstención nos casos en que concorra algunha desas circunstancias dará lugar á responsabilidade que proceda. Pola contra, o artigo 76 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, establece que a actuación dos membros das corporacións locais nos casos en que concorra algún dos motivos de abstención a que se refire a lexislación de procedemento administrativo e contratos das administracións públicas implicará, cando fose determinante, a invalidez dos actos en que interviñesen.

O artigo 24 da Lei 40/2015 prevé que, nos casos en que concorra algún motivo de abstención, poderá promoverse recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento.

A recusación exporase por escrito no que se expresará a causa ou causas en que se funda e tramitarase da seguinte forma:

- No día seguinte o recusado manifestaralle ao seu inmediato superior se se dá ou non nel a causa alegada.
- No primeiro caso, se o superior aprecia a concorrencia da causa de recusación, acordará a súa substitución acto seguido.
- Se o recusado lle nega a causa de recusación, o superior resolverá no prazo de tres días, logo dos informes e comprobacións que considere oportunos.

Contra as resolucións adoptadas nesta materia non caberá recurso, sen prexuízo da

posibilidade de alegar a recusación ao interpoñer o recurso que proceda contra o acto que poña fin ao procedemento.

- Principio de antiformalismo

Este principio implica que as normas de procedemento deben ser interpretadas no sentido máis favorable para chegar a unha resolución sobre o fondo do asunto. Desta maneira, os requisitos formais no procedemento reduciranse ao mínimo posible e permitirase a corrección de defectos e erros.

Ademais do previsto polo artigo 68 da Lei 39/2015 sobre a corrección e mellora das solicitudes, o artigo 73.2 prevé con carácter xeral que “en calquera momento do procedemento, cando a Administración considere que algún dos actos dos interesados non reúne os requisitos necesarios, poñerá en coñecemento do seu autor, concedéndolle un prazo de dez días para cumprimentalo”, engadindo o apartado 3 do artigo que “aos interesados que non cumpran o disposto nos apartados anteriores, poderáselles declarar decaídos no seu dereito ao trámite correspondente. Con todo, admitirase a actuación do interesado e producirá os seus efectos legais, se se producise antes ou dentro do día que se notifique a resolución na que se teña por transcorrido o prazo”.

- Principios de transparencia e publicidade

A estes principios alude expresamente o artigo 71.1 da Lei 39/2015 cando, despois de sinalar que o procedemento sometido ao principio de celeridade, se impulsará de oficio en todos os seus trámites e a través de medios electrónicos, engade que isto se fará “respectando os principios de transparencia e publicidade”.

Dentro de devandito principio podemos encadrar varios dos dereitos subxectivos do interesado recollidos no artigo 53 da Lei 39/2015, que se analizarán a continuación, como son o dereito para coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos nos que teñan a condición de interesados, o dereito para coñecer o sentido do silencio administrativo que corresponda, no caso de que a Administración non dite nin notifique resolución expresa en prazo, o dereito para coñecer o órgano competente para a súa instrución, se é o caso, e resolución, o dereito para coñecer os

actos de trámite ditados, o dereito para acceder e a obter copia dos documentos contidos nos procedementos, e o dereito para identificar ás autoridades e ao persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos.

Tamén pode considerarse unha manifestación dos principios de transparencia e publicidade o deber que recae sobre o órgano que dite as resolucións e actos administrativos de notificarllos aos interesados cuxos dereitos e intereses sexan afectados por aqueles (artigo 40.1 da Lei 39/2015).

2. DEREITOS DO INTERESADO NO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

Ademais dos principios xerais xa analizados, as garantías do procedemento administrativo inclúen a lista de dereitos do interesado recollida no artigo 53 da Lei 39/2015, que a configura como unha enunciación aberta, pois non exclúe “calquera outros que lles recoñezan a Constitución e as leis”.

- Dereitos de información e a acceder e a obter copia dos documentos contidos nos procedementos

O primeiro grupo de dereitos que o artigo 53 da Lei 39/2015 recoñece na súa letra a) ao interesado no procedemento administrativo comprende os seguintes:

- Dereito a coñecer, en calquera momento, o estado da tramitación dos procedementos nos que teñan a condición de interesados.
- Dereito a coñecer o sentido do silencio administrativo que corresponda, no caso de que a Administración non dite nin notifique resolución expresa en prazo.
- Dereito a coñecer o órgano competente para a súa instrución, se é o caso, e resolución (que debe poñerse en relación co dereito para identificar as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos, recoñecido na letra b) do propio artigo 53 da Lei 39/2015).
- Dereito a coñecer os actos de trámite ditados.

- Dereito a acceder e a obter copia dos documentos contidos nos procedementos. Téñase en conta que o artigo 82 da Lei 39/2015, cando regula o trámite de audiencia no procedemento administrativo, matiza que, á hora de poñer de manifesto os procedementos aos interesados, “teranse en conta as limitacións previstas no seu caso na Lei 19/2013, do 9 de decembro”, co que parece que serán de aplicación neste ámbito todas as limitacións xa analizadas en relación co dereito de acceso á información pública, a pesar de que o réxime desta lei en principio non é aplicable ao acceso por parte de quen teña a condición de interesados nun procedemento administrativo en curso aos documentos que se integren neste.

Quen se relacione coas administracións públicas a través de medios electrónicos, terán dereito a consultar todas estas informacións 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 posta á disposición destas no Punto de Acceso Xeral electrónico da Administración competente ou nas sedes electrónicas que correspondan.

- Dereito a identificar as autoridades e ao persoal ao servizo das administracións públicas baixo cuxa responsabilidade se tramiten os procedementos

O contido deste dereito de identificación das persoas responsables da tramitación debe ser precisado desde diversas perspectivas.

Ao que a norma alude é ao deber da Administración de facilitarlle ao interesado, ao seu requirimento, a identidade dos cargos públicos e funcionarios aos que lles compete a responsabilidade da tramitación do seu expediente. A referencia que se fai á tramitación de procedementos debe interpretarse en sentido amplo, de modo que comprenda a realización de calquera actuacións por parte do funcionario ou servidor público, dean lugar ou non a constancia documental. No ámbito das actuacións non procedimentais ou decisións non procedimentalizadas (inspeccións, requirimentos, ordes verbais etc.). O dereito á identificación entraña o deber correlativo dos funcionarios de facilitar a súa identidade aos interesados ou destinatarios da actuación administrativa, cando sexan requiridos para iso.

Noutra orde de cousas, este dereito é esencial para poder exercer a facultade legal de recusación recoñecida aos interesados nos procedementos administrativos polo artigo 24.1 da Lei 40/2015, segundo o cal nos casos previstos no artigo 23 poderá promoverse a recusación polos interesados en calquera momento da tramitación do procedemento. Así mesmo, é igualmente esencial para poder solicitar que se esixa responsabilidade disciplinaria a esas persoas de acordo co previsto polos artigos 21.6, 73.2 e 76.2 da Lei 39/2015, no caso de que incumpran o seu deber de adoptar as medidas oportunas para remover os obstáculos que impidan, dificulten ou atrasen o exercicio pleno dos dereitos dos interesados ou o respecto aos seus intereses lexítimos, dispoñendo o necesario para evitar e eliminar toda anormalidade na tramitación de procedementos.

- Dereito a non presentar documentos orixinais salvo que, de maneira excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario

Este dereito aparece reiterado, desde o punto de vista da Administración, no artigo 28.3 da propia Lei 39/2015, que dispón que as administracións públicas non lles esixirán aos interesados a presentación de documentos orixinais, salvo que, con carácter excepcional, a normativa reguladora aplicable estableza o contrario. No caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento orixinal, terán dereito a obter unha copia autenticada deste, como tamén reitera o artigo 28.4 da lei. En realidade, as administracións públicas están obrigadas con carácter xeral, de acordo co artigo 27.4, a expedir copias auténticas electrónicas de calquera documento en papel que presenten os interesados e que se vaia a incorporar a un expediente administrativo.

Por último, sinala o artigo 28.5 que, 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 achegadas polo interesado, para o que poderán requirir a exhibición do documento ou da información orixinal. Estas copias achegadas polos interesados ao procedemento administrativo terán eficacia exclusivamente no ámbito da actividade das administracións públicas.

- Dereito a non presentar datos e documentos non esixidos polas normas aplicables ao procedemento de que se trate, que xa se atopen en poder das administracións públicas ou

que fosen elaborados por estas

Conforme ao artigo 28.1 da Lei 39/2015, os interesados deberán achegarlle 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.

Pola contra, segundo o artigo 28, que reitera o establecido na letra d) do artigo 53, os interesados non estarán obrigados a achegar documentos que fosen 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 expresase o seu consentimento a que sexan consultados ou solicitados os devanditos 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 a contar desde a súa solicitude. Cumprido este prazo, informarase o interesado de que pode achegar este informe ou esperar á súa remisión polo órgano competente.

Así mesmo, as administracións públicas non lles requirirán aos interesados datos ou documentos non esixidos pola normativa reguladora aplicable ou que fosen achegados 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, debendo as administracións públicas solicitalos 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, debendo, en ambos os casos,

ser informados previamente dos seus dereitos en materia de protección de datos de carácter persoal.

Excepcionalmente, se as administracións públicas non puidesen solicitar os citados documentos, poderán solicitarlle novamente ao interesado a súa achega.

- Dereito a formular alegacións, utilizar os medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico, e a achegar 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

Establece o artigo 76.1 da Lei 39/2015 que os interesados poderán, en calquera momento do procedemento anterior ao trámite de audiencia, aducir alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo. Uns e outros serán tidos en conta polo órgano competente ao redactar a correspondente proposta de resolución. En canto á utilización dos medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico, hai que poñelo en relación coa regulación da proba no procedemento administrativo, recollida nos artigos 77 e 78 da Lei 39/2015. O primeiro destes preceptos dispón no seu apartado terceiro que o instrutor do procedemento só poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada.

- Dereito 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

Este dereito, en realidade, non debería figurar na lista do artigo 53, senón na do artigo 13, xa que o seu exercicio é previo á iniciación do procedemento administrativo e, mesmo, pode non estar vinculado á intención de presentar unha solicitude que dea inicio a un procedemento, senón á de presentar unha comunicación previa ou declaración responsable.

O emprego acumulativo dos termos “información e orientación” así como a referencia a que unha e outra poidan afectar os “requisitos xurídicos ou técnicos” dos proxectos ou solicitudes, permite falar dun auténtico dereito a recibir asesoramento na confección dos

mencionados documentos por parte dos servizos directamente competentes na materia no ámbito da respectiva Administración. Concibido nestes termos, haberá de coincidirse que o tipo de asesoramento a que a lei parece referirse é algo bastante distinto e moito máis intenso e esixente que a información proporcionada mediante repetición mecánica tras un mostrador e por unha persoa carente da competencia técnica necesaria, dunhas fórmulas estereotipadas ou que constitúen a reprodución literal das disposicións legais aplicables ao caso. E, aínda que este tipo de información sexa digna de agradecer resulta claramente insuficiente. Cuestión diversa é a relativa á viabilidade de preceptos como o que estamos a comentar, que apuntan máis a un modelo de Administración que coopera activamente co cidadán no cumprimento por este das súas obrigas legais.

- Dereito a actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses

Este dereito atopábase recoñecido no artigo 85.2 da Lei 30/1992, que dispoñía que “os interesados poderán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses”, aínda que non aparecía recollido na lista do artigo 35. En cambio, a Lei 39/2015 segue o criterio contrario, e non o recolle xa entre as normas que regulan a participación dos interesados no procedemento administrativo, senón na enunciación dos dereitos destes.

- Dereito a cumprir as obrigas de pagamento a través dos medios electrónicos previstos no artigo 98.2

Este dereito é unha novidade da Lei 39/2015. De acordo co artigo 98.2 ao que se remite a letra h) do artigo 53, cando dunha resolución administrativa, ou de calquera outra forma de finalización do procedemento administrativo prevista na lei, naza unha obriga de pagamento derivada dunha sanción pecuniaria, multa ou calquera outro dereito que deba aboarse á facenda pública, este efectuarse preferentemente, salvo que se xustifique a imposibilidade de facelo, utilizando algún dos medios electrónicos seguintes:

- Tarxeta de crédito e débito.
- Transferencia bancaria.

- Domiciliación bancaria.
- Calquera outros que se autoricen polo órgano competente en materia de Facenda Pública.

O que achega o artigo 53.h) é que, para o administrado, a utilización destes medios de pagamento electrónicos é un dereito esixible directamente ante todas as administracións e organismos públicos e entidades aos que resulta de aplicación a Lei 39/2015.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 16

**FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO:
INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E
TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AO
SILENCIO ADMINISTRATIVO. TERMOS E
PRAZOS.**

TEMA 16. FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AO SILENCIO ADMINISTRATIVO. TERMOS E PRAZOS.

I. FASES DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN E TERMINACIÓN

1. REGULACIÓN LEGAL

A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, regula no seu título IV, rubricado “Das disposicións sobre o procedemento administrativo común”, as garantías do procedemento, a iniciación do procedemento, a ordenación do procedemento, a instrución do procedemento, a finalización do procedemento, a tramitación simplificada de procedemento administrativo común e a execución. Así pois, estes capítulos, menos o primeiro e o último, conteñen a regulación legal das distintas fases do procedemento administrativo común.

Esta lei estableceu tamén novos principios sobre a relación entre o procedemento administrativo común ou xeral, tamén denominado procedemento non formalizado, e os procedementos administrativos especiais ou formalizados. Neste sentido, o seu artigo 1.2 establece que só mediante lei, cando resulte eficaz, proporcionado e necesario para a consecución dos fins propios do procedemento, e de maneira motivada, poderán incluírse trámites adicionais ou distintos aos contemplados na propia Lei 39/2015. Regulamentariamente poderán establecerse especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do concreto procedemento por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes para solicitar.

2. INICIACIÓN

- Disposicións xerais

Como é tradicional na regulación do procedemento administrativo no noso ordenamento xurídico, o artigo 54 da Lei 39/2015 diferencia entre a iniciación dos procedementos administrativos de oficio e a solicitude do interesado.

Con carácter previo ao desenvolvemento desas dúas formas de iniciación, a Lei 39/2015 regula tres cuestións: a información e as actuacións previas, as medidas provisionais e a acumulación de procedementos.

De acordo co artigo 55 da Lei 39/2015, con anterioridade ao comezo 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. As actuacións previas serán realizadas polos órganos que teñan atribuídas funcións de investigación, investigación e inspección na materia e, en defecto destes, pola persoa ou órgano administrativo que se determine polo órgano competente para a iniciación ou resolución do procedemento.

A pesar de que non se diga expresamente, esta información ou actuacións previas só son posibles nos procedementos que se inician de oficio, porque nos que se inician a solicitude do interesado é a propia solicitude deste a que pon en marcha o procedemento, sen que a Administración teña a posibilidade de valorar se convén ou non incoalo.

En canto ás medidas provisionais, son o equivalente no ámbito administrativo ao que en dereito procesual se denominan medidas cautelares. O artigo 56 da Lei 39/2015 distingue as que se adoptan unha vez iniciado o procedemento das que se adoptan antes da iniciación deste:

- As primeiras son competencia do órgano administrativo responsable de resolver o procedemento. Pódense adoptar de oficio ou a instancia de parte, pero sempre de forma motivada. A súa finalidade é asegurar a eficacia da resolución que puidese recaer, se existisen elementos de xuízo suficientes para iso, de acordo cos principios de proporcionalidade, efectividade e menor onerosidade.
- A segundas son competencia do órgano responsable de iniciar ou instruír o procedemento. Pódense adoptar de oficio ou a instancia de parte, sempre de forma motivada, pero só nos casos de urxencia inaprazable e para a protección provisional dos intereses implicados, debendo resultar necesarias e proporcionadas. Este tipo de medidas provisionais deberán ser confirmadas, modificadas ou levantadas no acordo de iniciación do procedemento, que deberá efectuarse dentro dos quince

días seguintes á súa adopción, o cal poderá ser obxecto do recurso que proceda. En todo caso, quedarán sen efecto se non se inicia o procedemento no devandito prazo ou cando o acordo de iniciación non conteña un pronunciamento expreso acerca destas.

Tanto nun caso como no outro, as medidas provisionais que cabe acordar, nos termos previstos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, son as seguintes:

- Suspensión temporal de actividades.
- Prestación de fianzas.
- Retirada ou intervención de bens produtivos ou suspensión temporal de servizos por razóns de sanidade, hixiene ou seguridade, o peche temporal do establecemento por estas ou outras causas previstas na normativa reguladora aplicable.
- Embargo preventivo de bens, rendas e cousas funxibles computables en metálico por aplicación de prezos certos.
- O depósito, retención ou inmovilización de cousa moble.
- A intervención e depósito de ingresos obtidos mediante unha actividade que se considere ilícita e cuxa prohibición ou cesación se pretenda.
- Consignación ou constitución de depósito das cantidades que se reclamen.
- A retención de ingresos a conta que deban aboar as administracións públicas.
- Aqueloutras medidas que, para a protección dos dereitos dos interesados, prevexan expresamente as leis, ou que se estimen necesarias para asegurar a efectividade da resolución.

En todo caso, 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.

As medidas provisionais poderán ser alzadas ou modificadas durante a tramitación do procedemento, de oficio ou a instancia de parte, en virtude de circunstancias sobrevindas ou que non puideron ser tidas en conta no momento da súa adopción, extinguíndose cando produza efectos a resolución administrativa que poña fin ao procedemento correspondente.

Por último, a acumulación de procedementos regúlase no artigo 57 da Lei 39/2015, que prevé que o órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento, calquera que fose a forma da súa iniciación, poderá dispoñer, de oficio ou a instancia de parte, a súa acumulación a outros cos 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 ningún recurso.

- Iniciación do procedemento de oficio pola Administración

Fálase de iniciación de oficio cando o procedemento o pon en marcha a Administración competente mediante un acto de trámite (e, por conseguinte, non recorrible) que se adoita denominar acordo de iniciación ou de incoación do procedemento.

De acordo co artigo 58 da Lei 39/2015, o acordo de iniciación ou incoación pódese ditar:

- Por propia iniciativa do órgano competente para iniciar o procedemento. Aclara o artigo 59 da Lei 39/2015 que se entende 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.
- Como consecuencia de orde superior. Segundo o artigo 60 da Lei 39/2015, enténdese por orde superior a emitida por un órgano administrativo superior xerárquico do competente para a iniciación do procedemento.
- Por petición razoada doutros órganos. O artigo 61 da Lei 39/2015 define esta petición razoada como a proposta de iniciación do procedemento formulada por calquera órgano administrativo que non ten competencia para iniciar este e que tivo coñecemento das circunstancias, condutas ou feitos obxecto do procedemento, ben ocasionalmente ou ben por ter atribuídas funcións de inspección, investigación

ou pescuda. A petición non vincula ao órgano competente para iniciar o procedemento, aínda que deberá comunicarlle ao órgano que a formulase os motivos polos que, se é o caso, non procede a iniciación.

- Por denuncia. Conforme ao artigo 62 da Lei 39/2015, denuncia é o acto polo que calquera persoa, en cumprimento ou non dunha obriga legal, pon en coñecemento dun órgano administrativo a existencia dun determinado feito que puidese xustificar a iniciación de oficio dun procedemento administrativo. 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 a denuncia invocase un prexuízo no patrimonio das administracións públicas, a non iniciación do procedemento deberá ser motivada e notificaráselles aos denunciante a decisión de se se iniciou ou non o procedemento. A presentación dunha denuncia non confire, por si soa, a condición de interesado no procedemento.

- Inicio do procedemento a solicitude do interesado

A diferenza do caso anterior, na iniciación do procedemento a solicitude do interesado é un acto do particular (a solicitude) e non da Administración o que pon en marcha o procedemento con independencia da vontade desta. Así pois, a solicitude pódese definir como aquel acto do administrado no que lle expón unha pretensión á Administración que coloca a esta na obriga legal de resolver e notificar a resolución no prazo establecido, tras tramitar o oportuno procedemento. A pretensión contida na solicitude debe estar fundada en dereito, e neste sentido, o artigo 88.5 permite que se non admitan sen necesidade de tramitar un procedemento administrativo completo as 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.

Non se deben confundir as solicitudes dos interesados que inician un procedemento administrativo coas declaracións responsables e comunicacións ás que se refire o artigo 69 da Lei 39/2015. A diferenza radica en que estas permiten 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, sen dar lugar, pois, á tramitación dun procedemento que obrigue a Administración para ditar e a notificar a correspondente resolución.

De acordo co artigo 66.1 da Lei 39/2015, o contido mínimo necesario de toda solicitude que inicia un procedemento administrativo é o seguinte:

- Nome e apelidos do interesado e, se é o caso, da persoa que o represente.
- Identificación do medio electrónico, ou na súa falta, lugar físico en que desexa que se practique a notificación. Adicionalmente, os interesados poderán achegar o 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.
- Feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude.
- Lugar e data.
- Sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio.
- Órgano, centro ou unidade administrativa á que se dirixe e o seu correspondente código de identificación. As oficinas de asistencia en materia de rexistros estarán obrigadas a facilitarlles 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.

O artigo engade 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.

Así mesmo, das solicitudes, comunicacións e escritos que presenten os interesados electronicamente ou nas oficinas de asistencia en materia de rexistros da Administración, poderán estes esixir o correspondente recibo que acredite a data e hora de presentación.

Aínda que no procedemento administrativo rexe con carácter xeral o principio anti

formalista, a liberdade de forma á hora de redactar as solicitudes, respectando o contido mínimo antes sinalado, vese matizada en tres supostos:

- As administracións públicas deberán establecer modelos e sistemas de presentación masiva que lles 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 acompañar os elementos que estimen convenientes para precisar ou completar os datos do modelo, os cales deberán ser admitidos e tidos en conta polo órgano ao que se dirixan.
- Cabe a posibilidade de establecer sistemas normalizados de solicitude, que poderán incluír comprobacións automáticas da información achegada respecto de datos almacenados en sistemas propios ou pertencentes a outras administracións ou ofrecer o formulario cuberto, en todo ou en parte, con obxecto de que o interesado verifique a información e, se é o caso, modifíquea e complete.
- Cando a Administración nun procedemento concreto estableza expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, estes serán de uso obrigatorio polos interesados.

O principio anti formalista maniféstase plenamente, en cambio, nas regras sobre a corrección e mellora das solicitudes contidas no artigo 68 da Lei 39/2015:

- Corrección. Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que sinala o artigo 66 ou outros esixidos pola lexislación específica aplicable, requiriráselle ao interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou acompañe os documentos preceptivos, con indicación de que, se así non o fixese, teráselle por desistido da súa petición, previa resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 21 da Lei 39/2015. Sempre que non se trate de procedementos selectivos ou de concorrencia competitiva, este prazo poderá ser ampliado prudencialmente, ata cinco días, a petición do interesado ou a iniciativa do órgano, cando a achega dos documentos requiridos presente dificultades especiais.

Como suposto especial de corrección, o apartado 4 do artigo 68 indica que, se algún dos suxeitos que están obrigados a relacionarse por medios electrónicos coas administracións públicas presenta a súa solicitude presencialmente, estas requiriranlle ao interesado para que a emenden a través da súa presentación electrónica. Para estes efectos, considerarase como data de presentación da solicitude aquela na que fose realizada a corrección.

- Mellora. Nos procedementos iniciados a solicitude dos interesados, o órgano competente poderá solicitar do solicitante a modificación ou mellora voluntarias dos termos daquela. Diso levantarase acta sucinta, que se incorporará ao procedemento.

3. ORDENACIÓN

- Concepto

A ordenación non é unha fase ou un estado do procedemento, senón unha actividade ou previsión legal de actuacións, cuxa finalidade é cubrir os requirimentos formais propios de cada unha das fases daquel.

- Expediente administrativo

Elemento central da ordenación do procedemento é o expediente administrativo (ata tal punto que é frecuente utilizar a expresión como sinónimo de procedemento administrativo), o cal aparece definido por primeira vez no noso dereito positivo no artigo 70 da Lei 39/2015. Segundo este precepto, 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.

De acordo co principio de tramitación electrónica dos procedementos que impón a Lei 39/2015, os expedientes terán formato electrónico e formaranse mediante a agregación ordenada de cantos documentos, probas, ditames, informes, acordos, notificacións e demais dilixencias deban integrais, 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, sendo admisible que un mesmo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

Por último, o apartado 4 do artigo 70 da Lei 39/2015 precisa que 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 lle poña fin ao procedemento. Esta previsión debe poñerse en conexión co artigo 18.1.b) da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, que establece que non se admitirán a trámite, mediante resolución motivada, as solicitudes de acceso á información pública referidas a información que teña carácter auxiliar ou de apoio como a contida en notas, borradores, opinións, resumos, comunicacións e informes internos ou entre órganos ou entidades administrativas.

- Impulso de oficio e orde de tramitación

Un segundo elemento da ordenación do procedemento é o principio de impulso de oficio. Unha vez iniciado o procedemento, sexa de oficio ou a solicitude do interesado, o artigo 71.1 da Lei 39/2015 ordena que sexa impulsado de oficio en todos os seus trámites e a través de medios electrónicos, respectando os principios de transparencia e publicidade.

Ademais, o mesmo artigo establece no seu apartado 2 que no despacho dos expedientes gardarase a orde rigorosa de incoación en asuntos de homoxénea natureza, salvo que polo titular da unidade administrativa se dea orde motivada en contrario, da que quede

constancia. A doutrina destaca que a fundamentación desta regra se atopa nos principios constitucionais de igualdade dos cidadáns ante a lei e de interdicción da arbitrariedade. Agora ben, o incumprimento desta non lle afecta á validez do actuado, senón que dará lugar á esixencia de responsabilidade disciplinaria do infractor e, se é o caso, será causa de remoción do posto de traballo.

O apartado 3 do artigo 71 da Lei 39/2015 fai das persoas designadas como órgano instrutor ou, se é o caso, os titulares das unidades administrativas que teñan atribuída tal función responsables directos da tramitación do procedemento e, en especial, do cumprimento dos prazos establecidos.

- Celeridade e concentración de trámites. As cuestións incidentais

O artigo 71.1 da Lei 39/2015 somete os procedementos administrativos ao principio de celeridade. Como unha das concrecións tanto deste principio como do de simplificación administrativa, o artigo 72 prevé que se acordarán nun só acto todos os trámites que, pola súa natureza, admitan un impulso simultáneo e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo. Engade o apartado 2 do artigo que, ao solicitar os trámites que deban ser cumpridos por outros órganos, deberá consignarse na comunicación cursada o prazo legal establecido para o efecto.

Outra manifestación do principio de celeridade é a regra, recollida no artigo 74 da Lei 39/2015, segundo a cal as cuestións incidentais que se susciten no procedemento, incluso as que se refiran á nulidade de actuacións, non suspenderán a súa tramitación, coa única excepción da recusación.

- Cumprimento de trámites polos interesados

Unha última regra de ordenación do procedemento é a relativa ao cumprimento de trámites polos interesados que aparece no artigo 73 da Lei 39/2015. Este precepto establece un prazo xeral de dez días a partir do seguinte ao da notificación do correspondente acto para que os interesados cubran os trámites que deban realizar nos procedementos administrativos, salvo no caso de que na norma correspondente se fixe un prazo distinto. Así mesmo, prevese que, en calquera momento do procedemento, cando a

Administración considere que algún dos actos dos interesados non reúne os requisitos necesarios, poñerá en coñecemento do seu autor, e concederlle un prazo de dez días para realizalo, na liña do que establece o artigo 68.1 para a corrección das solicitudes.

A diferenza con este último caso, no que a falta de corrección provoca que ao administrado se o teña por desistido da súa petición, é que a falta de cubrir en prazo os trámites procedimentais soamente dá lugar a que aos interesados se os poida declarar decaídos no seu dereito ao trámite correspondente. Ademais, a actuación do interesado admitirase e producirá os seus efectos legais cando se produza antes ou dentro do día que se notifique a resolución na que se teña por transcorrido o prazo.

4. INSTRUCCIÓN

- Principios xerais da instrución dos procedementos administrativos

Os actos de instrución son aqueles actos de trámite que tenden a proporcionarlle ao órgano decisorio os elementos de xuízo necesarios para unha adecuada resolución. Neste sentido, o artigo 75.1 da Lei 39/2015 sinala que os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos feitos en virtude dos cales deba pronunciarse a resolución realizaranse de oficio e a través de medios electrónicos polo órgano que tramite o procedemento, sen prexuízo do dereito dos interesados a propoñer aquelas actuacións que requiran a súa intervención ou constitúan trámites legal ou regulamentariamente establecidos.

Así, salvo nos procedementos formalizados nos que as súas normas reguladoras impoñen a realización preceptiva de determinados actos de instrución, queda en mans do instructor decidir cales van ser necesarios en cada procedemento concreto, coa única excepción do trámite de audiencia e vista do expediente, do que só se pode prescindir nos supostos taxados previstos pola Lei 39/2015.

O artigo 75 desta engade tres principios xerais máis sobre a instrución dos procedementos administrativos:

- As aplicacións e 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.

- Os actos de instrución que requiran a intervención dos interesados deberán practicarse na forma que resulte máis conveniente para eles e sexa compatible, na medida do posible, coas súas obrigas laborais ou profesionais.
- En calquera caso, o órgano instrutor adoptará as medidas necesarias para lograr o pleno respecto aos principios de contradición e de igualdade dos interesados no procedemento.

- Alegacións

As alegacións dos interesados non son propiamente un acto de instrución, aínda que hai procedementos formalizados nos que a súa normativa reguladora prevé a existencia dun trámite específico de alegacións. En efecto, o artigo 76.1 da Lei 39/2015, en coherencia co correlativo dereito recoñecido aos interesados no artigo 53.1.e), establece que estes poderán, en calquera momento do procedemento anterior ao trámite de audiencia, aducir alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo.

A eficacia xurídica de tales alegacións, documentos e elementos de xuízo aparece definida no segundo parágrafo do artigo 76.1, que ordena que uns e outros sexan tidos en conta polo órgano competente ao redactar a correspondente proposta de resolución. É dicir, obrígase á Administración para tomar en consideración eses elementos e a darlles unha resposta razoada, aínda que sexa sucinta, pero, evidentemente, non a aceptar a pretensión do interesado que sustentan.

Como unha variante especial das alegacións dos interesados, o apartado 2 do artigo 76 sinala que en todo momento estes poderán 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. As ditas alegacións poderán dar lugar, se houber razóns para iso, á esixencia da correspondente responsabilidade disciplinaria.

- *Proba*

O artigo 77.1 da Lei 39/2015 dispón que os feitos relevantes para a decisión dun procedemento poderán acreditarse 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.

De acordo co principio de oficialidade, o artigo 77.2 da Lei 39/2015 prevé que, 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 tantas 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.

O instrutor do procedemento só poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada.

En canto á valoración das probas, o artigo 77 contén tres previsións nos seus apartados 5, 6 e 7:

- Os documentos formalizados polos funcionarios aos que se lles recoñece a condición de autoridade e nos que, observándose os requisitos legais correspondentes, se recollan os feitos constatados por aqueles farán proba destes, salvo que se acredite o contrario.
- Cando a proba consista na emisión dun informe dun órgano administrativo, organismo público ou entidade de dereito público, entenderase que este ten carácter preceptivo.
- 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.

A práctica das probas no procedemento administrativo está regulada no artigo 78 da Lei 39/2015 de acordo co principio de contradición. Así, a Administración terá que comunicarlles aos interesados, con antelación suficiente, o inicio das actuacións necesarias para a realización das probas que fosen admitidas. Na notificación consignarase o lugar, data e hora en que se practicará a proba, coa advertencia, se é o caso, de que o interesado pode nomear técnicos para que o asistan.

Por último, como excepción ao principio xeral de gratuidade da participación dos administrados nos procedementos administrativos, o apartado 3 do artigo 78 prevé que nos casos en que, a petición do interesado, deban efectuarse probas cuxa realización implique gastos que non deba soportar a Administración, esta poderá esixir o anticipo destes, a reserva da liquidación definitiva, unha vez practicada a proba. A liquidación dos gastos practicarase unindo os comprobantes que acrediten a realidade e contía destes.

- Informes

De acordo con GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no procedemento administrativo os informes son declaracións de xuízo emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas chamadas a ilustrar ao órgano decisorio e a proporcionarlle os elementos de xuízo necesarios para ditar a súa resolución con garantías de acerto. Non deben confundirse coa probas periciais que se practiquen por órganos administrativos.

Establece o artigo 79 da Lei 39/2015 que, para os efectos da resolución do procedemento, solicitaranse aqueles informes que sexan preceptivos polas disposicións legais, e os que se xulguen necesarios para resolver, citándose o precepto que os esixa ou fundamentando, se é o caso, a conveniencia de reclamalos; así mesmo, na petición de informe concretarase o extremo ou extremos acerca dos que se solicita. Os primeiros son os informes preceptivos, mentres que aos segundos denomínanos facultativos. A omisión dun informe preceptivo constitúe un vicio de nulidade, como subliña unha xurisprudencia constante, especialmente cando se trata de ditames preceptivos do Consello de Estado.

Pola súa vez, os informes preceptivos poden ser vinculantes ou non vinculantes. No primeiro caso, a autoridade chamada a decidir está obrigada a resolver no sentido

proposto polo órgano consultivo, de cuxo informe non pode apartarse validamente. Agora ben, o feito de que un informe non sexa vinculante non significa, con todo, que careza de todo valor. O artigo 35.1.c) da Lei 39/2015 dispón que serán motivados, con sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito, os actos que se separen do ditame de órganos consultivos, o que significa que só cando existan boas razóns que o xustifiquen poden os órganos activos apartarse validamente dos informes que fosen emitidos polos órganos consultivos.

Conforme ao artigo 80.1 da Lei 39/2015, salvo disposición expresa en contrario, os informes serán facultativos e non vinculantes.

En canto á forma e prazo de emisión dos informes, o artigo 80.2 prevé que estes serán emitidos a través de medios electrónicos, cumprindo os requisitos xerais dos documentos electrónicos administrativos que sinala o artigo 26, no prazo de dez días, salvo que unha disposición ou o cumprimento do resto dos prazos do procedemento permita ou esixa outro prazo maior ou menor.

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, nese caso poderase suspender o transcurso do prazo máximo legal para resolver o procedemento nos termos establecidos no artigo 22.1.d) (é dicir, polo tempo que medie entre a petición, que deberá comunicárselles aos interesados, e a recepción do informe, que igualmente deberá ser comunicada a estes, sen que este prazo de suspensión poida exceder en ningún caso de tres meses),

Se o informe debese ser emitido por unha Administración pública distinta da que tramita o procedemento en orde a expresar o punto de vista correspondente ás súas competencias respectivas, e transcorre o prazo sen que aquel se emitíu, poderanse proseguir as actuacións.

O informe emitido fóra de prazo poderá non ser tido en conta ao adoptar a correspondente resolución.

- Audiencia e vista do expediente

De acordo co artigo 82 da Lei 39/2015, instruídos os procedementos, e inmediatamente antes de redactar a proposta de resolución, poñeranse de manifesto aos interesados ou, se é o caso, aos seus representantes, concedéndoselles un prazo non inferior a dez días nin superior a quince para alegar e presentar os documentos e xustificacións que estimen pertinentes. Para a vista do expediente teranse en conta as limitacións previstas, se é o caso, na Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, previsión esta que se contradí abertamente coa disposición adicional primeira da propia Lei 19/2013, segundo a cal “a normativa reguladora do correspondente procedemento administrativo será a aplicable ao acceso por parte de quen teña a condición de interesados nun procedemento administrativo en curso aos documentos que se integren neste”.

Destacan GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que o trámite de audiencia non é unha reiteración das previsións do artigo 76.1 da Lei 39/2015, que lles permite aos interesados aducir alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo en calquera momento do procedemento. A funcionalidade do trámite de audiencia é diferente e o seu contido non se limita a asegurar a simple posibilidade de formular alegacións, senón que vai máis alá, na medida en que pretende facilitarlle ao interesado o coñecemento da totalidade do expediente e permitirlle, conseguintemente, realizar unha defensa eficaz e completa dos seus intereses con base no actuado no procedemento. O único acto de instrución que ordinariamente pode realizarse despois do trámite de audiencia e vista do expediente é a 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 que estes formasen parte do procedemento.

Como xa se dixo, o trámite de audiencia e vista do expediente é, nos procedementos administrativos non formalizados, é dicir, naqueles que carecen dunha regulación específica que impoña a realización preceptiva de determinados actos de instrución, o único acto de instrución cuxa práctica non é dispoñible para o órgano instrutor, senón que ten que levar a cabo necesariamente, salvo no suposto en que a Lei 39/2015 o exceptúa

de maneira expresa: cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta na resolución outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas polo interesado. Tamén contempla a lei que se antes do vencemento do prazo de audiencia os interesados manifestan a súa decisión de non efectuar alegacións nin achegar novos documentos ou xustificacións, terase por realizado o trámite.

Este carácter preceptivo do trámite de audiencia e vista e a súa condición de garantía esencial e primaria dos interesados xustifica, en principio, que a súa omisión se considere habitualmente como causa de anulabilidade da resolución final. Debe terse presente, con todo, que a regra de medida de todos os vicios de procedemento radica na indefensión que deles poida resultar para os afectados. Se a omisión do trámite non chegou a producir unha indefensión real e efectiva, non simplemente formal ou aparental, do interesado e, por outra banda, pode demostrarse que a decisión final tivese que ser a mesma en todo caso, o procedente será prescindir do vicio formal e resolver o fondo da cuestión debatida en aplicación do principio de economía procesual. Neste sentido é explícita a xurisprudencia do Tribunal Supremo.

- Información pública

A diferenza do trámite de audiencia, el de información pública non é preceptivo, salvo que as normas dos diferentes sectores da actividade administrativa o impoñan. Neste sentido, o artigo 83.1 da Lei 39/2015 establece que o órgano ao que corresponda a resolución do procedemento, cando a natureza deste o requira, poderá acordar un período de información pública.

O trámite practícase publicando un anuncio no diario oficial correspondente, a fin de que calquera persoa física ou xurídica poida examinar o expediente, ou a parte deste que se acorde. O anuncio sinalará o lugar de exhibición, debendo estar en todo caso á disposición 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.

Aclara, así mesmo, o artigo 83 que a non comparecencia neste trámite non lles impedirá aos interesados interpoñer 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, pero o tratamento que a Administración lles debe dar ás alegacións ou observacións que se formulen a través deste é substancialmente idéntico ao reservado ás alegacións dos interesados; sinala respecto diso o artigo 83.3 da Lei 39/2015 no seu parágrafo segundo que quen presente alegacións ou observacións neste trámite teñen dereito a obter da Administración unha resposta razoada, que poderá ser común para todas aquelas alegacións que expoñan cuestións substancialmente iguais.

Por último, o apartado 4 do artigo 83 engade que, conforme ao disposto nas leis, as administracións públicas poderán establecer outras formas, medios e canles de participación das persoas, directamente ou a través das organizacións e asociacións recoñecidas pola lei no procedemento no que se ditan os actos administrativos.

5. TERMINACIÓN

- Formas de terminación

O artigo 84 da Lei 39/2015 enuncia as seguintes formas de terminación do procedemento administrativo: 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. Ademais, tamén producirá a terminación do procedemento a imposibilidade material de continualo por causas sobrevindas.

Destas formas de terminación, doutrinalmente considérase que a resolución é a forma normal de terminación, mentres que as demais son formas anormais ou anticipadas, aínda que tamén se deberán formalizar mediante o correspondente acto administrativo expreso, que, segundo o artigo 21.1, parágrafo segundo, da Lei 39/2015, consistirá na declaración da circunstancia que concorra en cada caso, con indicación dos feitos producidos e as normas aplicables.

- Terminación convencional

Á parte das formas de terminación do procedemento que, como se dixo, se formalizan

mediante un acto administrativo, a Lei 39/2015, seguindo a liña da súa predecesora a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, contempla no seu artigo 86 a posibilidade de terminación convencional dos procedementos administrativos. Segundo a maioría da doutrina, as previsións deste artigo non son de aplicación directa, senón que esixen que a terminación convencional veña expresamente admitida pola regulación do concreto procedemento administrativo de que se trate, dado que se fai unha remisión “ao alcance, efectos e réxime xurídico específico que, se é o caso, prevexa a disposición que o regule”.

A regulación da terminación convencional que fai o artigo 86 da Lei 39/2015 abarca dúas modalidades distintas de acordos, pactos, convenios ou contratos das administracións públicas con persoas tanto de dereito público como privado:

- Aqueles que teñen a consideración de finalizadores dos procedementos administrativos, é dicir, que substitúen á resolución propiamente dita. De acordo co artigo 114.1.d) da propia Lei 39/2015, esta modalidade de acordos poñen fin á vía administrativa.
- Aqueles que se insiren nos procedementos con carácter previo, vinculante ou non, á resolución que lles poña fin.

En calquera caso, imponse como requisito que os devanditos acordos, pactos, convenios ou contratos 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 as administracións públicas.

En canto ao seu contido mínimo, o apartado 2 do artigo 86 sinala o seguinte: identificación das partes intervenientes, ámbito persoal, funcional e territorial, e prazo de vixencia.

Polo que respecta aos requisitos formais, o artigo 86 sinala que:

- Deberán publicarse ou non segundo a súa natureza e as persoas ás que estivesen destinados.

- Requirirán en todo caso a aprobación expresa do Consello de Ministros ou órgano equivalente das comunidades autónomas os acordos que versen sobre materias da competencia directa do devandito órgano.

Finalmente, o apartado 4 do artigo aclara que os acordos que se subscriban non supoñerán alteración das competencias atribuídas aos órganos administrativos, nin das responsabilidades que lles correspondan ás autoridades e funcionarios, relativas ao funcionamento dos servizos públicos.

- *Resolución*

A resolución pódese definir como o acto administrativo que pon fin ao procedemento resolvendo sobre o fondo do asunto exposto neste. Como xa se dixo, é o modo normal de terminación dos procedementos administrativos, pois, como establece o artigo 88.5 da Lei 39/2015, en ningún caso poderá a Administración absterse de resolver baixo pretexto de silencio, escuridade ou insuficiencia dos preceptos legais aplicables ao caso, sen prexuízo da posibilidade de acordar a non admisión das solicitudes de recoñecemento de dereitos non previstos no ordenamento xurídico ou manifestamente carentes de fundamento (prohibición do *non liquet*).

En todos aqueles procedementos en que a competencia para instruír e resolver non recaia nun mesmo órgano, a resolución virá precedida necesariamente por unha proposta de resolución formulada polo órgano instructor, de acordo co previsto no artigo 88.7 da Lei 39/2015. Hai que facer notar que a regulación especial dalgúns procedementos administrativos establece un grao de vinculación maior ou menor da proposta de resolución para o órgano competente para resolver o procedemento, que verá limitada ou mesmo anulada a súa liberdade para apartarse dela á hora de resolver.

O artigo 87 da Lei 39/2015 contempla tamén a posibilidade de que, antes de ditar resolución, o órgano competente para resolver decida, 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 á resolución final do procedemento.

O acordo de realización de actuacións complementarias notificaráselles aos interesados, e deberáselles conceder un prazo de sete días para formular as alegacións que teñan por pertinentes tras a finalización destas. As actuacións complementarias deberán practicarse nun prazo non superior a quince días. O prazo para resolver o procedemento quedará suspendido ata a terminación das actuacións complementarias.

En canto ao contido da resolución, o artigo 88.1 da Lei 39/2015 sinala que esta decidirá todas as cuestións expostas polos interesados e aquelas outras derivadas deste. Agora ben, cando se trate de cuestións conexas que non fosen expostas polos interesados, o órgano competente deberá poñelo antes de manifesto a aqueles por un prazo non superior a quince días, para que formulen as alegacións que estimen pertinentes e acheguen, se é o caso, os medios de proba.

Nos procedementos tramitados a solicitude do interesado, a resolución será congruente coas peticións formuladas por este (principio de congruencia), sen que en ningún caso poida agravar a súa situación inicial (prohibición de *reformatio in peius*) e sen prexuízo da potestade da Administración de incoar de oficio un novo procedemento, se procede.

As resolucións conterán a decisión, que será motivada nos casos a que se refire o artigo 35 da propia Lei 39/2015, debendo terse en conta que a aceptación de informes ou ditames lle servirá de motivación á resolución cando se incorporen ao seu texto. Expresarán, ademais, os recursos que contra esta procedan, o órgano administrativo ou xudicial ante o que deban presentarse e o prazo para interpoñelos, sen prexuízo de que os interesados poidan exercer calquera outro que estimen oportuno.

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 na Lei 39/2015.

- *Desistencia e renuncia*

A Lei 39/2015 regula, en primeiro lugar, no seu artigo 93 a desistencia dos procedementos pola Administración. Para que sexa posible, teñen que concorrer con carácter xeral tres

requisitos:

- Que se trate de procedementos iniciados de oficio.
- Que se motive a decisión de desistir.
- Que haxa unha previsión expresa nunha norma con rango de lei que o permita.

Cuestión distinta é a desistencia e renuncia polos interesados regulados no artigo 94. Ambos son modos anormais de terminación do procedemento que se distinguen en que a desistencia só lle afecta o procedemento no que se formula, polo que non impide volver presentar a mesma solicitude e, polo tanto, volver iniciar o procedemento, mentres que a renuncia lle afecta ao dereito no que se basea a solicitude, de maneira que impide de maneira absoluta que o interesado poida volver iniciar outro procedemento coa mesma pretensión. Outra diferenza importante é que, como sinala o artigo 94.1 da Lei 39/2015, a renuncia aos dereitos só é admisible cando iso non estea prohibido polo ordenamento xurídico, mentres que a desistencia sempre é posible.

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.

En canto aos seus efectos, hai que ter en conta que non sempre van dar lugar á terminación absoluta do procedemento administrativo. Para empezar, se o escrito de iniciación do procedemento se formulou por dous ou máis interesados, a desistencia ou a renuncia só lle afectará a aqueles que a formularon. Na mesma liña, o apartado 4 do artigo 94 ordénalle á Administración que acepte de plano a desistencia ou a renuncia e declare concluído o procedemento salvo que, presentándose neste terceiros interesados, estes instasen a súa continuación no prazo de dez días desde que foron notificados da desistencia ou renuncia. Así mesmo, de acordo co apartado 5 do artigo, se a cuestión suscitada pola incoación do procedemento entrañase interese xeral ou fose conveniente substanciala para a súa definición e esclarecemento, a Administración poderá limitar os efectos da desistencia ou a renuncia ao interesado e seguirá o procedemento.

- *Caducidade*

En relación coa caducidade como forma anormal de terminación do procedemento, o primeiro que hai que advertir é que os artigos 84.1 e 95 da Lei 39/2015 se refiren á que se lles aplica aos procedementos iniciados a solicitude do interesado cando se paralizan por causa imputable a este, e non á que se produce nos procedementos iniciados de oficio en que a Administración exercita potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, cando non se notifica resolución expresa en prazo, regulada polo artigo 25 da lei.

Así, o artigo 95 da Lei 39/2015 prevé que nos procedementos iniciados a solicitude do interesado, cando se produza a súa paralización por causa imputable a este, a Administración advertiralle que, transcorridos tres meses, se producirá a caducidade do procedemento. Logo de consumir este prazo sen que o particular requirido realice as actividades necesarias para renovar a tramitación, a Administración acordará o arquivo das actuacións, e notificarallo ao interesado. Contra a resolución que declare a caducidade procederán os recursos pertinentes.

Agora ben, esta forma de caducidade non poderá acordarse pola simple inactividade do interesado para cubrir trámites, sempre que non sexan indispensables para ditar resolución. Esta inactividade non terá outro efecto que a perda do seu dereito ao referido trámite, tal como, polo demais, establece con carácter xeral o artigo 73.3 da Lei 39/2015. Así mesmo, poderá non ser aplicable a caducidade no caso de que a cuestión suscitada lle afecte ao interese xeral, ou fose conveniente substanciala para a súa definición e esclarecemento.

En canto aos efectos da caducidade do procedemento, previstos no apartado 3 do artigo 95, neste caso si que non hai diferenza entre a caducidade producida por causa imputable ao interesado nos procedementos iniciados a solicitude deste e a que se lles aplica aos procedementos iniciados de oficio en que a Administración exercita potestades susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame cando non se notifica resolución expresa en prazo, en virtude da remisión expresa que o artigo 25.1.b) da Lei 39/2015 lle fai ao precepto que estamos a analizar. Así, 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 nos que sexa posible a iniciación dun novo procedemento por non producirse a prescrición, poderán incorporarse a este os actos e trámites cuxo contido se mantivo igual de non producirse a caducidade. En todo caso, no novo procedemento deberán realizarse os trámites de alegacións, proposición de proba e audiencia ao interesado.

6. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

A Lei 39/2015 introduciu no seu artigo 96 a novidade de prever a posibilidade da tramitación simplificada do procedemento administrativo común, para aqueles casos en que razóns de interese público ou a falta de complexidade do procedemento así o aconsellen.

A tramitación simplificada pódese acordar de oficio ou a solicitude do interesado:

- No primeiro suposto, a Administración deberá notificarllo aos interesados e, se algún deles manifestase a súa oposición expresa, deberá seguirse a tramitación ordinaria.
- No segundo suposto, se o órgano competente para a tramitación aprecia que non concorre algunha das razóns que permiten acudir a esta forma de tramitación, poderá desestimar a 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.

En todo caso, aínda despois de acordada a tramitación simplificada, o órgano competente para a tramitación do procedemento poderá acordar en calquera momento do procedemento anterior á súa resolución continuar de acordo coa tramitación ordinaria.

A aplicación da tramitación simplificada ten dous efectos sobre o procedemento, recollidos no apartado 6 o artigo 96:

- Prazo de resolución. 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 lle notifique ao interesado o acordo de tramitación simplificada do procedemento.

- Simplificación de trámites. Só se practicarán os seguintes trámites:

- Inicio do procedemento de oficio ou a solicitude do interesado.
- Corrección da solicitude presentada, se é o caso.
- Alegacións formuladas ao comezo do procedemento durante o prazo de cinco días.
- Trámite de audiencia, unicamente cando a resolución vaia a ser desfavorable para o interesado.
- Informe do servizo xurídico, cando este sexa preceptivo.
- Informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, cando este sexa preceptivo.
- Ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma nos casos en que sexa preceptivo. Desde que se solicite, 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 lle 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 de acordo á tramitación ordinaria, o que se lles 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.

- Resolución

Hai que ter o conta que, segundo o apartado 7 do artigo 96, no caso de que un procedemento esixise a realización dun trámite non previsto no apartado 6, deberá ser tramitado de maneira ordinaria.

II. ESPECIAL REFERENCIA AO SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. OBRIGA DE RESOLVER

O artigo 21.1 da Lei 39/2015 proclama que a Administración está obrigada a ditar resolución expresa e a notificala en todos os procedementos calquera que sexa a súa forma de iniciación.

Esta obriga ten os seguintes matices:

- Nos casos de prescrición, renuncia do dereito, caducidade do procedemento ou desistencia da solicitude, así como de desaparición sobrevinda do obxecto do procedemento, a resolución consistirá na declaración da circunstancia que concorra en cada caso, con indicación dos feitos producidos e as normas aplicables.
- Exceptúanse da obriga de ditar resolución expresa e notificala 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. PRAZO MÁXIMO PARA NOTIFICAR A RESOLUCIÓN EXPRESA

- Prazo específico de cada procedemento e prazo por defecto

Sinala o artigo 21.2 da Lei 39/2015 que o prazo máximo no que debe notificarse a resolución expresa será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento, sen que poida exceder de seis meses salvo que unha norma con rango de lei estableza un maior ou así veña previsto no dereito da Unión Europea.

Cando as normas reguladoras dos procedementos non fixen o prazo máximo, este será de tres meses.

- Inicio do cómputo e suspensión do prazo

Estes prazos contaránse:

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

De acordo co artigo 22.1 da Lei 39/2015, o transcurso destes prazos pódese suspender de maneira facultativa nos seguintes casos:

- Cando deba requirirse a calquera interesado para a corrección de deficiencias ou a achega de documentos e outros elementos de xuízo necesarios, polo tempo que medie entre a notificación do requirimento e o seu efectivo cumprimento polo destinatario, ou, na súa falta, polo do prazo concedido.
- Cando deba obterse un pronunciamento previo e preceptivo dun órgano da Unión Europea, polo tempo que medie entre a petición, que haberá de comunicarse aos interesados, e a notificación do pronunciamento á Administración instrutora, que tamén deberá serlles comunicada.
- 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 serlle comunicado aos interesados, ata que se resolva, o que tamén haberá de ser notificado.
- Cando se soliciten informes preceptivos a un órgano da mesma ou distinta Administración, polo tempo que medie entre a petición, que deberá comunicárselles 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.
- Cando deban realizarse probas técnicas ou análises contraditorias ou dirimentes propostas polos interesados, durante o tempo necesario para a incorporación dos

resultados ao expediente.

- Cando se inicien negociacións con vistas á conclusión dun pacto ou convenio nos termos previstos no artigo 86 da Lei 39/2015, desde a declaración formal respecto diso e ata a conclusión sen efecto, se é o caso, das referidas negociacións, que se constatará mediante declaración formulada pola Administración ou os interesados.
- 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 lles deberá comunicar aos interesados, ata que a Administración teña constancia deste, o que tamén deberá serlles comunicado.

En cambio, é preceptiva a suspensión do prazo nestoutros casos, recollidos no apartado 2 do artigo 22:

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

- Información do prazo

O apartado 4 do artigo 21 obrígalles ás administracións públicas a informar os

administrados destes prazos nos termos seguintes:

- Con carácter xeral, as administracións públicas deben publicar e manter actualizadas no portal web, para os 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 cada procedemento que tramiten, as administracións públicas informarán os interesados do prazo máximo establecido para a resolución e 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.

- Responsabilidade do cumprimento do prazo

O apartado 6 do artigo 21 atribúelle ao persoal ao servizo das administracións públicas que teña ao seu cargo o despacho dos asuntos, así como aos titulares dos órganos administrativos competentes para instruír e resolver, a responsabilidade directa 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 houber lugar de acordo coa normativa aplicable.

- Ampliación do prazo

O apartado 5 do artigo 21 da Lei 39/2015 dispón que cando o número das solicitudes formuladas ou as persoas afectadas puidesen provocar o 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.

Agora ben, esgotados os medios persoais e materiais dispoñibles, o artigo 23 permítelle ao órgano competente para resolver, a proposta, se é o caso, do órgano instructor ou o superior xerárquico do órgano competente para resolver, acordar de maneira motivada a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación, non podendo ser este superior ao establecido para a tramitación do procedemento. Contra o acordo que resolva sobre a ampliación de prazos, que deberá serlles notificado aos interesados, non caberá recurso algún.

3. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN PROCEDEMENTOS INICIADOS A SOLICITUDE DO INTERESADO

- A regra xeral do silencio positivo e as súas excepcións

De acordo co artigo 24.1 da Lei 39/2015, nos procedementos iniciados a solicitude do interesado o vencemento do prazo máximo sen notificarse resolución expresa lexítima o interesado ou os interesados para entendela estimada por silencio administrativo (silencio positivo).

Para que o silencio teña carácter desestimatorio (silencio negativo), fai falta que o estableza expresamente 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.

Ademais, a propia Lei 39/2015 prevé os seguintes supostos de silencio negativo:

- Procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición a que se refire o artigo 29 da Constitución. Esta previsión é un erro, porque a Lei orgánica 4/2001, do 12 de novembro, reguladora do dereito de petición, non establece a aplicación da técnica do silencio negativo para os casos de omisión da obriga de contestar no prazo establecido, senón a posibilidade de impugnar a omisión ante a orde xurisdiccional contenciosa-administrativa polo procedemento de protección xurisdiccional dos dereitos fundamentais da persoa.

- Aqueles cuxa estimación tivese como consecuencia que se lles transferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público.
- Aqueles que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o medio ambiente.
- Os procedementos de responsabilidade patrimonial das administracións públicas.
- Os procedementos de impugnación de actos e disposicións e nos de revisión de oficio iniciados a solicitude dos interesados. Con todo, cando o recurso de alzada se interpuxo 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 anteriormente enumeradas.

- Natureza xurídica do silencio administrativo

O apartado 2 do artigo 24 distingue claramente a natureza xurídica do silencio segundo sexa estimatorio (positivo) ou desestimatorio (negativo):

- A estimación por silencio administrativo ten para todos os efectos a consideración de acto administrativo finalizador do procedemento (acto presunto).

Engade o apartado 4 do artigo 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. Estes producen efectos desde o vencemento do prazo máximo no que debe ditarse e notificarse 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 expedirase 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, computándose o prazo indicado anteriormente desde o día seguinte a aquel en que a petición entrase no rexistro electrónico da Administración

ou organismo competente para resolver.

- En cambio, a desestimación por silencio administrativo ten para os sós efectos de permitirlles aos interesados a interposición do recurso administrativo ou contencioso-administrativo que resulte procedente. Para a interposición do recurso administrativo nestes casos non se establece prazo preclusivo algún (artigos 122.1, parágrafo segundo, e 124.1, parágrafo segundo, da Lei 39/2015).

- Resolución extemporánea

A produción do silencio administrativo non dispensa, en ningún caso, a Administración da súa obriga de ditar e notificar resolución expresa, tal como se desprende o artigo 24.1 da Lei 39/2015. Agora ben, a obriga de ditar resolución expresa nestes supostos suxeitarase ao seguinte réxime, previsto no apartado 3 do artigo:

- Nos casos de estimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior á produción do acto só poderá ditarse de ser confirmatoria deste. Se contradí o sentido do silencio, a doutrina e a xurisprudencia sinalan que se estaría producindo a revogación dun acto favorable ou declarativo de dereitos prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido (que tería que ser o de revisión de oficio ou, se é o caso, o da declaración de lesividade do acto presunto e a súa posterior impugnación ante a orde xurisdiccional contenciosa-administrativa), o que provocaría a nulidade de pleno dereito da resolución extemporánea.

- Nos casos de desestimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior ao vencemento do prazo adoptárase pola Administración sen vinculación algunha ao sentido do silencio.

4. FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA EN PROCEDEMENTOS INICIADOS DE OFICIO

De acordo co artigo 25.1 da Lei 39/2015, nos procedementos iniciados de oficio, do mesmo xeito que nos procedementos iniciados a solicitude dos interesados, o vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase unha resolución expresa non exime á Administración do cumprimento da obriga legal de resolver, pero os efectos da

falta de resolución expresa varían segundo de que tipo de procedemento se trate:

- No caso de procedementos dos que puidese derivarse o recoñecemento ou, se é o caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas favorables, os interesados que comparecesen poderán entender desestimadas as súas pretensións por silencio administrativo.
- Nos procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, producírase a caducidade. Nestes casos, a resolución que declare a caducidade ordenará o arquivo das actuacións, cos efectos previstos no artigo 95, xa analizado. Obsérvese, polo tanto, que non subsiste a obriga de resolver de forma expresa, fronte ao que di de maneira categórica o primeiro parágrafo do artigo 25.1, porque o fai imposible o arquivo das actuacións.

Nos procedementos iniciados de oficio existe a peculiaridade, recollida no apartado 2 do artigo 25, de que nos supostos nos que o procedemento se paralizase por causa imputable ao interesado, interromperase o cómputo do prazo para resolver e notificar a resolución.

III. TERMOS E PRAZOS

1. OBRIGATORIEDADE DE TERMOS E PRAZOS

Sinala o artigo 29 da Lei 39/2015 que os termos e prazos establecidos nesta ou outras leis obrigan as autoridades e o persoal ao servizo das administracións públicas competentes para a tramitación dos asuntos, así como os interesados nestes. Con todo, o incumprimento dos termos e prazos nos procedementos administrativos produce efectos totalmente distintos segundo se trate de prazos das actuacións administrativas ou das actuacións dos interesados:

- No primeiro caso, o artigo 48.3 da Lei 39/2015 establece que a realización de actuacións administrativas fóra do tempo establecido para elas só implicará a anulabilidade do acto cando así o impoña a natureza do termo ou prazo, todo iso sen prexuízo de que o artigo 71.3 faga as persoas designadas como órgano instructor ou, se é o caso, os titulares das unidades administrativas que teñan

atribuída tal función responsables directos do cumprimento dos prazos establecidos e do réxime especial aplicable ao prazo máximo para resolver e notificar a resolución, que se acaba de analizar.

- No segundo caso, en cambio, a consecuencia xeral do incumprimento dos prazos é a perda do dereito ao trámite correspondente, nos termos previstos no artigo 73.3 da Lei 39/2015.

2. CÓMPUTO DE PRAZOS

- Prazos expresados en horas

Segundo o artigo 30.1 da Lei 39/2015, salvo que por norma con rango de 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 contaránse de hora en hora e de minuto en minuto desde a hora e 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, nese caso expresaranse en días.

- Prazos expresados en días

Sinala o apartado 2 do artigo 30 a Lei 39/2015 que, sempre que por norma con rango de lei ou no dereito da Unión Europea non se exprese outro cómputo, cando os prazos se sinalen por días, enténdese que estes son hábiles, e exclúense do cómputo os sábados, os domingos e os declarados festivos.

Cando os prazos se sinalaron por días naturais por declaralo así unha lei ou polo dereito da Unión Europea, farase constar esta circunstancia nas correspondentes notificacións.

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.

- Prazos expresados en meses ou anos

Por último, o apartado 4 do artigo 30 establece que se o prazo se fixase 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 o ano 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.

En todo caso, cando o último día do prazo sexa inhábil, entenderase prorrogado ao primeiro día hábil seguinte.

- Días hábiles e inhábiles

Como se viu, do apartado 2 do artigo 30 despréndese que son días inhábiles para os efectos do cómputo de prazos os sábados, os domingos e os días declarados festivos, sen que, como establece o apartado 8 do artigo, isto determine por si só o funcionamento dos centros de traballo das administracións públicas, a organización do tempo de traballo ou o réxime de xornada e horarios destas.

Para reforzar a seguridade xurídica nesta materia, o apartado 7 do artigo 30 ordena que 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 a efectos de cálculos de prazos. O calendario aprobado polas comunidades autónomas comprenderá os días inhábiles das entidades locais correspondentes ao seu ámbito territorial, ás que será de aplicación. Estes calendarios deberán publicarse antes do comezo de cada ano no diario oficial que corresponda, así como noutros medios de difusión que garantan o seu coñecemento xeneralizado.

Por último, debe terse en conta a regra, recollida no apartado 6 do artigo 30, de que cando un día fose hábil no municipio ou comunidade autónoma en que residise o interesado, e inhábil na sede do órgano administrativo, ou á inversa, considerárase inhábil

para os efectos do cómputo de prazos nos procedementos administrativos, coa excepción que a continuación se dirá para a presentación de documentos nos rexistros.

- Cómputo de prazos nos rexistros

Como complemento de todo o anterior, o artigo 31.1 da Lei 39/2015 prevé que cada administración pública publicará os días e o horario no que deban permanecer abertas as oficinas que prestarán asistencia para a presentación electrónica de documentos, garantindo o dereito dos interesados a ser asistidos no uso de medios electrónicos, isto último nos termos establecidos polo artigo 12 da lei.

O rexistro electrónico de cada administración ou organismo rexeráse para os efectos de cómputo dos prazos pola data e hora oficial da sede electrónica de acceso, que deberá contar coas medidas de seguridade necesarias para garantir a súa integridade e figurar de modo accesible e visible.

O funcionamento do rexistro electrónico rexeráse polas seguintes regras:

- Permitirá a presentación de documentos todos os días do ano durante as vinte e catro horas.
- 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 na 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.

- 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.

A sede electrónica do rexistro de cada administración pública ou organismo, determinará,

atendendo ao ámbito territorial no 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 no artigo 31. Este será o único calendario de días inhábiles que se aplicará para os efectos do cómputo de prazos nos rexistros electrónicos, sen que lles resulte de aplicación o disposto no artigo 30.6.

3. AMPLIACIÓN E REDUCCIÓN DE PRAZOS

- Ampliación de prazos

O artigo 32 da Lei 39/2015 permite con carácter xeral á Administración, salvo precepto en contrario, conceder de oficio ou a petición dos interesados unha ampliación dos prazos establecidos que non exceda da metade destas, se as circunstancias o aconsellan e con iso non se prexudican dereitos de terceiros. Hai que entender que se exceptúa deste réxime o prazo máximo para resolver e notificar a resolución, ao que lle se aplican as previsións xa estudadas do artigo 23 da lei. En todo caso, o acordo de ampliación deberá serlle notificado aos interesados.

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, substanciándose no interior, esixan realizar algún trámite no estranxeiro ou nos que interveñan interesados residentes fóra de España.

Tanto a petición dos interesados como a decisión sobre a ampliación deberán producirse, 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.

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, debendo publicar na sede electrónica tanto a incidencia técnica acontecida como a ampliación concreta do prazo non vencido.

- *Redución de prazos*

Tamén cabe a posibilidade contraria, é dicir, que a Administración decida reducir os prazos ordinariamente previstos para a tramitación do procedemento. Á parte do establecido en relación coa tramitación simplificada do procedemento administrativo común no artigo 96 da Lei 39/2015, o artigo 33 desta contempla a chamada tramitación de urxencia, cuxa aplicación ao procedemento, que se pode acordar de oficio ou a petición do interesado cando razóns de interese público o aconsellen, supón a redución á metade os prazos establecidos para o procedemento ordinario, salvo os relativos á presentación de solicitudes e recursos.

Non se admite ningún recurso 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.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

VV.AA.: *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

TEMA 17.

OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO E CLASES. REQUISITOS XERAIS. MATERIA RECORRIBLE, LEXITIMACIÓN E ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN E DE REVISIÓN.

TEMA 17. OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO E CLASES. REQUISITOS XERAIS. MATERIA RECORRIBLE, LEXITIMACIÓN E ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN E DE REVISIÓN.

I. OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO E CLASES

1. CONCEPTO

O privilexio de executividade dos actos administrativos e a consecuente presunción *iuris tantum* de validez destes son privilexios apriorísticos, no sentido de que non eximen a Administración dunha ulterior revisión da legalidade dos seus actos.

A revisión dos actos administrativos ilegais pode ser provocada:

- Polos particulares, a través dos denominados recursos administrativos e, posteriormente, a través do recurso contencioso-administrativo.
- Pola propia administración autora do acto, a través da chamada revisión de oficio e da declaración de lesividade.

Neste sentido, os recursos administrativos son o instrumento a través do cal o interesado pode solicitar ante a Administración a revisión das súas resolucións e actos administrativos. O feito de que o axuizamento e a resolución se atribúa á propia Administración autora do acto é unha manifestación das súas facultades de autotutela.

Podemos establecer as seguintes diferenzas dos recursos administrativos con figuras afíns:

- Recurso e solicitude: o recurso ten unha finalidade impugnatoria, mentres que a solicitude se dirixe a que se dite un acto novo.
- Recurso e queixa: a queixa, a diferenza do recurso, non persegue a revogación dun acto administrativo, senón unicamente que se corrixan os defectos de tramitación, en especial os que supoñan paralización dos prazos preceptivamente sinalados ou omisión de trámites que poidan emendarse antes da resolución definitiva do asunto. Neste sentido, sinala o artigo 76.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, que "en todo momento poderán alegar os interesados os defectos de tramitación e, en especial, os que supoñan paralización, infracción dos prazos preceptivamente sinalados ou a omisión de trámites" "que pode ser emendado antes da resolución

definitiva do asunto".

- Recurso e reclamación: a reclamación interponse contra un acto de trámite, mentres que o recurso se interpón contra un acto definitivo ou contra un acto de trámite cualificado (que poña fin ao procedemento ou produza indefensión).

O recurso administrativo ten unha dobre función: instrumento ao servizo do interesado para solicitar a revisión dunha actuación que considera prexudicial e contraria a dereito, e trámite necesario para o ulterior acceso á orde xurisdiccional contencioso-administrativa, en canto este acceso require o esgotamento da vía administrativa.

Por iso, a natureza dos recursos administrativos pode determinarse dende dous puntos de vista:

- Por un lado, supón unha carga para o administrado, xa que no noso sistema administrativo a impugnación en vía administrativa é en moitos casos o presuposto da impugnación procesual.
- Por outro lado, supón unha garantía para o administrado, universal en canto ao seu obxecto, pero limitada en canto á súa estrutura e configuración técnica por dúas razóns:
 - Estruturalmente, pola dobre condición que ten a Administración de xuíz e parte.
 - Tecnicamente, pola fugacidade dos prazos de interposición e a regra xeral de non suspensión dos actos administrativos impugnados.

2. CLASES

Habitualmente adóitase efectuar a seguinte clasificación dos recursos:

- Recursos ordinarios: son aqueles que se poden interpoñer en principio contra calquera resolución administrativa ou acto de trámite cualificado e nos que se pode formular calquera causa de anulabilidade ou nulidade. Inclúen o recurso de alzada e o de reposición.
- Recursos extraordinarios: preséntanse contra actos firmes en vía administrativa, contra os que non se poden interpoñer os recursos ordinarios, e só se poden amparar nos motivos expresamente sinalados na lei, como o recurso de revisión.

- Recursos especiais: son recursos administrativos que substitúen os ordinarios en ámbitos materiais específicos, como as reclamacións económico-administrativas ou o recurso administrativo especial en materia de contratación.

Debe terse en conta tamén que o artigo 112.2 da Lei 39/2015 permite que as leis substitúan tanto o recurso de alzada coma o de reposición, 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. Estes procedementos alternativos aos recursos ordinarios deberán respectar en todo caso os principios, garantías e prazos que a Lei 39/2015 lles recoñece ás persoas e aos interesados en todo procedemento administrativo. Ademais, 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.

Outra forma de impugnación administrativa substitutiva dos recursos administrativos nos litixios entre administracións públicas, é a recollida no artigo 44 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa. No devandito precepto dispónse que nos litixios entre administracións públicas non caberá interpoñer recursos en vía administrativa; o que pode haber é un requirimento para que se derroque, anule, revoque, cese ou modifique esa actuación administrativa. A un caso particular deste tipo de requirimentos refírese o artigo 39.5 da Lei 39/2015, ao sinalar 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 requirirle a esta previamente para que anule ou revise o acto e, de rexeitar o requirimento, poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo. Nestes casos, queda suspendido o prazo para ditar resolución no procedemento, como tamén indica o artigo 22.2.a) da lei.

A imposibilidade de que existan recursos administrativos entre administracións públicas pode ter o seu fundamento no feito de que estas están situadas nun plano non xerárquico, polo que o que procede non é un recurso, senón un requirimento. Pártese así dun esquema conceptualmente similar aos conflitos constitucionais de competencia. De feito, a

regulación da súa tramitación é moi similar.

Así, o requirimento recollido nese artigo é de carácter potestativo e pode presentarse no prazo de dous meses dende o coñecemento da actuación administrativa cuestionada, a Administración receptora ten un mes para resolvelo e logo existen dous meses para acudir ao contencioso-administrativo, prazo este último que, segundo o artigo 46.6 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa, rexe con indiferenza respecto de se houbo ou non resposta ao requirimento.

Finalmente, hai que facer notar que o artigo 44.4 da Lei da Xurisdición contencioso-administrativa deixa expresamente a salvo o disposto sobre esta materia na lexislación de réxime local (artigos 63 a 68 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e nos artigos 216 a 220 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia).

II. REQUISITOS XERAIS

Os principios xerais aplicables aos recursos administrativos encóntranse contidos na sección 1.^a do capítulo II do título V da Lei 39/2015, que establece as especialidades do procedemento administrativo aplicable en fase de recurso.

1. INICIACIÓN DO PROCEDEMENTO

- Interposición do recurso

De acordo co artigo 115.1 da Lei 39/2015, a interposición do recurso deberá expresar:

- O nome e apelidos do recorrente, así como a identificación persoal deste.
- O acto que se recorre e a razón da súa impugnación.
- Lugar, data, sinatura do recorrente, identificación do medio e, se é o caso, do lugar que se sinale para os efectos de notificacións.
- Órgano, centro ou unidade administrativa ao que se dirixe e o seu correspondente código de identificación.

En aplicación do principio antiformalista, o apartado 2 do artigo 115 recolle a regra tradicional de que 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.

Así mesmo, mantense no apartado 3 a regra igualmente tradicional de que os vicios e defectos que fagan anulable un acto non poderán ser alegados polos que os causasen (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Obsérvese, non obstante, que esta regra só é aplicable aos vicios de anulabilidade, non aos que determinan a nulidade de pleno dereito do acto administrativo.

- *Causas de non admisión*

A Lei 39/2015 enuncia no seu artigo 116 as causas de non admisión do recurso administrativo, que permiten á Administración rexeitalo *in limine*, sen necesidade de tramitar o procedemento completo:

- Ser incompetente o órgano administrativo, cando o competente pertencese a outra Administración pública. Neste caso, o recurso deberá remitirse ao órgano competente, de acordo co establecido no artigo 14.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público ("o órgano administrativo que se estime incompetente para a resolución dun asunto remitirá directamente as actuacións ao órgano que considere competente, debendo notificar esta circunstancia aos interesados").
- Carecer de lexitimación o recorrente.
- Trátase dun acto non susceptible de recurso.
- Transcorrer o prazo para a interposición do recurso.
- Carecer o recurso manifestamente de fundamento.

- *Suspensión da execución*

No noso ordenamento xurídico, a regra xeral, recollida no artigo 117.1 da Lei 39/2015, é que a interposición de calquera recurso non suspenderá a execución do acto impugnado. Non obstante, cabe obter a suspensión como medida preventiva nos termos que establece o artigo mencionado:

- Órgano competente. A competencia para acordar a suspensión dos actos impugnados correspóndelle ao órgano a quen competa resolver o recurso.



- Requisitos. Para decidir sobre a suspensión, o órgano competente ten que valorar dous elementos:
 - Que a execución puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación, ou ben que a impugnación de acto se fundamente nalgunha das causas de nulidade de pleno dereito previstas no artigo 47.1 da Lei 39/2015.
 - Ponderar, de xeito suficientemente razoado, o prexuízo quecausaría ao interese público ou a terceiros a suspensión e o ocasionado ao recorrente como consecuencia da eficacia inmediata do acto recorrido.
- Procedemento. A suspensión pode decidirse de oficio ou por solicitude do recorrente. Neste último suposto, segundo o artigo 117.3 da Lei 39/2015, a execución do acto impugnado entenderase suspendida se transcorrido un mes dende que a solicitude de suspensión tivese entrada no rexistro electrónico da Administración ou organismo competente para decidir sobre esta, o órgano a quencompeta resolver o recurso non ditou e notificou resolución expresa ao respecto. Nestes casos non será de aplicación o establecido no artigo 21.4, segundo parágrafo, da Lei 39/2015, sobre información aos 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.
- Contramedidas preventivas. O apartado 4 do artigo 117 prevé que, ao ditarse o acordo de suspensión, poderán adoptarse as medidas preventivas que sexan necesarias para asegurar a protección do interese público ou de terceiros e a eficacia da resolución ou o acto impugnado. Así mesmo, engádese que, cando da suspensión poidan derivarse prexuízos de calquera natureza, aquela só producirá efectos logo de prestación de caución ou garantía suficiente para responder deles, nos termos establecidos regulamentariamente.
- Duración da suspensión. A suspensión non pode ser indefinida no tempo, estendéndose en principio só á vía administrativa de recurso. Non obstante, o artigo 117.4, parágrafo terceiro, matiza que a suspensión se prolongará despois de esgotada a vía administrativa cando, despois de solicitalo previamente o interesado,

exista medida preventiva e os efectos desta se estendan á vía contencioso-administrativa. Se o interesado interpuxese recurso contencioso-administrativo, solicitando a suspensión do acto obxecto do proceso, manterase a suspensión ata que se produza o correspondente pronunciamento xudicial sobre a solicitude.

- Publicación da suspensión. Por último, o apartado 5 do artigo 117 establece que, cando o recurso teña por obxecto a impugnación dun acto administrativo que afecte a unha pluralidade indeterminada de persoas, a suspensión da súa eficacia haberá de ser publicada no xornal oficial en que aquel se inseriu.

2. INSTRUCCIÓN DO PROCEDEMENTO

Na fase de instrución, o procedemento do recurso administrativo presenta importantes particularidades en relación co trámite de audiencia e vista do expediente, recollidas no artigo 118 da Lei 39/2015. Así, este trámite só se dará cando deban terse en conta novos feitos ou documentos non recollidos no expediente orixinario, en cuxo caso estes se poñerán de manifesto os interesados para que, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, formulen as alegacións e presenten os documentos e xustificantes que consideren procedentes.

Aclara a este respecto o apartado 3 do artigo que o propio recurso, os informes e as propostas non teñen o carácter de documentos novos para estes efectos. Tampouco o terán os que os interesados achegasen ao expediente antes de recaer a resolución impugnada.

Así mesmo, o artigo 118 da Lei 39/2015 establece que non se terán en conta na resolución dos recursos feitos, documentos ou alegacións do recorrente, cando despois de poder achegalos no trámite de alegacións non o faga. Tampouco poderá solicitarse a práctica de probas cando a súa falta de realización no procedemento no que se ditou a resolución recorrida fose imputable ao interesado.

Pola contra, se houboese outros interesados daráselles, en todo caso, traslado do recurso para que no prazo arriba mencionado aleguen canto consideren procedente, pois, doutra forma, produciríase indefensión.

3. TERMINACIÓN DO PROCEDEMENTO

De acordo co principio de servizo obxectivo pola Administración dos intereses xerais que proclama o artigo 103.1 da Constitución, o órgano que resolva o recurso decidirá cantas cuestións, tanto de forma como de fondo, formule o procedemento, fosen ou non alegadas polos interesados. Agora ben, neste último caso o artigo 119.3 da Lei 39/2015 impón tres requisitos: que se escoite previamente os interesados, para evitar que se lles produza indefensión, que a resolución sexa congruente coas peticións formuladas polo recorrente (principio de congruencia) e que en ningún caso se agrave a situación inicial deste (prohibición de *reformatio in peius*).

En canto ao contido da resolución do recurso, o artigo 119.1 da Lei 39/2015 establece que esta estimará en todo ou en parte ou desestimará as pretensións formuladas neste ou declarará a súa non admisión. Non obstante, matiza o apartado 2 do artigo citado que, cando existindo vicio de forma non se estime procedente resolver sobre o fondo, se ordenará a retroacción do procedemento ao momento no que o vicio foi cometido, sen prexuízo de que eventualmente poida acordarse a validación de actuacións polo órgano competente para iso, de acordo co disposto no artigo 52 da propia Lei 39/2015.

O artigo 120 da Lei 39/2015 permítelle ao órgano competente para resolver acordar a suspensión do prazo para isto último cando deban resolverse unha pluralidade de recursos administrativos que traian causa dun mesmo acto administrativo e se interpuxese un recurso xudicial contra unha resolución administrativa ou ben contra o correspondente acto presunto desestimatorio, ata que recaia pronunciamento xudicial.

O acordo de suspensión deberá serlles notificado aos interesados, os que poderán recorrela. A interposición do correspondente recurso por un interesado non lles afectará aos restantes procedementos de recurso que se encontren suspendidos por traer causa do mesmo acto administrativo.

Logo de recaer o pronunciamento xudicial, seralles 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.

III. MATERIA RECORRIBLE, LEXITIMACIÓN E ÓRGANO COMPETENTE

De conformidade co artigo 112.1 da Lei 39/2015 constitúen o obxecto dos recursos de

alzada e potestativo de reposición:

- As resolucións.
- Os actos de trámite, nos seguintes casos (actos de trámite cualificados):
 - Se deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto.
 - Se determinan a imposibilidade de continuar o procedemento.
 - Se producen indefensión.
 - Se producen prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos.

Estes recursos poderanse fundar en calquera dos motivos de nulidade ou anulabilidade previstos nos artigos 47 e 48 da Lei 39/2015.

Engade o apartado 3 do artigo 112 que contra as disposicións administrativas de carácter xeral non caberá recurso en vía administrativa. Non obstante, a continuación este precepto admite o recurso indirecto contra regulamentos, pois sinala que 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 devandita disposición.

Pola súa banda, o artigo 113 establece que o recurso extraordinario de revisión procede contra os actos firmes en vía administrativa cando concorra algunha das circunstancias previstas no artigo 125.1.

En canto á lexitimación para interpoñer os recursos administrativos, do artigo 112.1 da Lei 39/2015 despréndese que en principio lles corresponde aos que teñan a condición xurídica de interesado. De acordo co artigo 7 da lei, esta condición correspóndelles:

- Aos que promovan o procedemento administrativo como titulares de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.
- Aos que, sen iniciar o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que neste se adopte.
- A aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución e comparezan no procedemento en tanto non recaese resolución definitiva.

Hai que ter en conta que a lexitimación para recorrer en vía administrativa non depende de que se participase efectivamente no procedemento seguido para ditar a resolución ou acto que se pretende impugnar, senón de que se cumpran as condicións para ter a condición de interesado no devandito procedemento, conforme ao que se acaba de indicar.

Por último, sobre os órganos competentes para resolver os recursos administrativos existen regras específicas para cada tipo de recurso. No recurso de alzada, o competente para resolver é o órgano superior xerárquico ao que ditou o acto recorrido; nos de reposición e revisión, o mesmo que o ditou.

IV. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN E DE REVISIÓN

1. RECURSO DE ALZADA

- Natureza xurídica

O recurso de alzada baséase na organización xerárquica da maioría das administracións públicas. Neste tipo de organización, aos órganos superiores correspóndelles dirixir e controlar a actividade dos inferiores, e unha das manifestacións desta competencia é a posibilidade de que os primeiros anulen, revoguen ou reformen os actos ditados polos segundos. Así pois, o recurso de alzada caracterízase por que o resolve o órgano superior xerárquico daquel que ditou o acto impugnado.

Así mesmo, o recurso de alzada constitúe o medio normal de apurar a vía administrativa e lograr que unha resolución cause estado, permitindo o acceso á tutela da orde xurisdiccional contencioso-administrativa.

- Obxecto

De acordo co artigo 121.1 da Lei 39/2015, as resolucións e actos a que se refire o artigo 112.1 poderán ser recorridos en alzada cando non poñan fin á vía administrativa.

Sinala o artigo 114.1 da Lei 39/2015 que poñen fin á vía administrativa, co que non poderán ser obxecto de recurso de alzada:

- As resolucións dos recursos de alzada.
- As resolucións dos procedementos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación e arbitraje substitutivos dos recursos de alzada e de reposición a que se refire o artigo 112.2 da Lei 39/2015.

- As resolucións dos órganos administrativos que carezan de superior xerárquico, salvo que unha lei estableza o contrario.
- Os acordos, pactos, convenios ou contratos que teñan a consideración de finalizadores do procedemento.
- A resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que fose o tipo de relación, pública ou privada, de que derive.
- A resolución dos procedementos complementarios en materia sancionadora aos que se refire o artigo 90.4 da Lei 39/2015.
- As demais resolucións de órganos administrativos cando unha disposición legal ou regulamentaria así o estableza.

O propio artigo 114 da Lei 39/2015 desenvolve no seu apartado 2 esta última previsión para a Administración xeral do Estado, de maneira que no ámbito estatal poñen fin á vía administrativa os actos e resolucións seguintes:

- Os actos administrativos dos membros e órganos do Goberno.
- Os emanados dos ministros e os secretarios de Estado no exercicio das competencias que teñen atribuídas os órganos dos que son titulares.
- Os emanados dos órganos directivos con nivel de director xeral ou superior, en relación coas competencias que teñan atribuídas en materia de persoal.
- Nos organismos públicos e entidades 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.

Pola súa banda, na nosa comunidade autónoma, a materia aparece regulada no artigo 4 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da comunidade autónoma de Galicia á Lei 1/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico da administracións públicas e do procedemento administrativo común, segundo o cal poñen fin á vía administrativa, salvo que por lei especial se estableza o contrario, as resolucións dos órganos seguintes:

- As do Consello da Xunta, as do seu presidente e as das súas comisións delegadas.

- As dos conselleiros.
- As dos secretarios xerais e directores xerais en materia de persoal.
- As dos órganos superiores de goberno de organismos autónomos e dos entes públicos cando exercitan competencias administrativas.
- As das demais autoridades cando así o estableza unha disposición legal ou regulamentaria.

No ámbito local debe tomarse en consideración o artigo 52.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, segundo o cal poñen fin á vía administrativa as resolucións dos seguintes órganos e autoridades:

- As do pleno, os alcaldes ou presidentes e as xuntas de goberno, salvo nos casos excepcionais en que unha lei sectorial requira a aprobación ulterior da Administración do Estado ou da comunidade autónoma, ou cando proceda recurso ante estas nos supostos do artigo 27.2.
- As de autoridades e órganos inferiores nos casos que resolvan por delegación do alcalde, do presidente ou doutro órgano cuxas resolucións poñan fin á vía administrativa.
- As de calquera outra autoridade ou órgano cando así o estableza unha disposición legal.

- *Interposición*

O artigo 121.2 da Lei 30/2015 dispón que o recurso de alzada poderá interpoñerse 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 remitirlllo 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 recorrido será responsable directo do cumprimento disto.

En canto ao prazo de interposición, de acordo co artigo 122.1 da Lei 39/2015 é dun mes, se o acto fose expreso. Transcorrido o devandito prazo sen interpoñerse o recurso, a resolución será firme para todos os efectos, co que non caberá contra ela máis recurso administrativo que o extraordinario de revisión, sen prexuízo da revisión de oficio dos

actos nulos de pleno dereito prevista no artigo 106 da Lei 39/2015. O recurso contencioso-administrativo non se admitirá en virtude da excepción de acto firme e consentido.

Se o acto non fose expreso, o solicitante e outros posibles interesados poderán interpoñer 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, co que non se establece ningún prazo preclusivo.

- Resolución

A resolución do recurso de alzada correspóndelle ao 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 outros que, no seo destas, actúen con autonomía funcional, consideraranse dependentes do órgano ao que estean adscritos ou, no seu defecto, do que nomease ao presidente destes (artigo 121.1 da Lei 39/2015).

Existen regras especiais que afectan ao órgano competente para resolver o recurso de alzada en relación coa delegación de competencias:

- De acordo co artigo 9.2.c) da Lei 40/2015, o órgano superior xerárquico en ningún caso poderá delegar a competencia para resolver os recursos de alzada nos órganos subordinados que diten os actos obxecto do devandito recurso.
- Así mesmo, nos casos de delegación de competencias o órgano competente para resolver o recurso de alzada contra os actos ditados por delegación non será o superior xerárquico do órgano delegado, senón o do órgano delegante, tal como se deduce do artigo 9.4 da Lei 40/2015 ("as resolucións administrativas que se adopten por delegación... consideraranse ditadas polo órgano delegante).

Conforme ao artigo 122.2 da Lei 39/2015, o prazo máximo para ditar e notificar a resolución do recurso de alzada será de tres meses.

Transcorrido ese prazo sen que recaia resolución (hai que entender sen que se notifique), poderase entender desestimado o recurso, salvo no suposto previsto no artigo 24.1, terceiro parágrafo, é dicir, cando o recurso de alzada se interpoña contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo transcurso do prazo, en cuxo caso o silencio ten carácter estimatorio, sempre que o recurso non se refira ás seguintes

materias:

- Procedementos relativos ao exercicio do dereito de petición a que se refire o artigo 29 da Constitución.
- Aqueles cuxa estimación tivese como consecuencia que setransferisen ao solicitante ou a terceiros facultades relativas ao dominio público ou ao servizo público.
- Aqueles que impliquen o exercicio de actividades que poidan danar o medio.

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 da Lei 39/2015.

2. RECURSO DE REPOSICIÓN

- Natureza xurídica

O recurso de reposición é un medio de impugnación que se prevé para aqueles casos en que non cabe presentar recurso de alzada, porque o acto pon fin á vía administrativa, e o administrado quere solicitar a Administración que reconsidere a resolución ditada. Caracterízase porque o resolve o mesmo órgano que ditou o acto impugnado e porque a súa interposición é voluntaria para o administrado.

Nada impide, polo tanto, acudir directamente ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa, pero se se interpón o recurso de reposición non se poderá interpoñer recurso contencioso-administrativo ata que sexa resolto expresamente ou se producise a desestimación presunta do recurso de reposición interposto (artigo 123.2 da Lei 39/2015).

- Obxecto

Por conseguinte, constitúe o obxecto do recurso de reposición os actos administrativos que poñan fin á vía administrativa.

- Interposición

A interposición levarase a cabo ante o mesmo órgano que os ditase. De acordo co artigo 124.1 da Lei 39/2015, o prazo para a interposición do recurso de reposición será dun mes, se o acto fose expreso. Transcorrido o devandito prazo, unicamente poderá interpoñerse

recurso contencioso-administrativo, sen prexuízo, se é o caso, da procedencia do recurso extraordinario de revisión.

Se o acto non fóra 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, co que, igual que sucede no caso do recurso de alzada, non se establece ningún prazo preclusivo.

- Resolución

A resolución correspóndelle ao mesmo órgano que ditou o acto e o prazo máximo para ditar e notificar a resolución do recurso será dun mes (artigo 124.2 da Lei 39/2015). O silencio ten carácter desestimatorio, conforme ás regras xerais do artigo 24.1, parágrafo terceiro, da Lei 39/2015.

Conforme ao artigo 124.3 da Lei 39/2015, contra a resolución dun recurso de reposición non poderá interpoñerse de novo o devandito recurso.

3. RECURSO DE REVISIÓN

- Obxecto

O recurso extraordinario de revisión prevese para os actos firmes en vía administrativa, é dicir, aqueles contra os que non caiba presentar ningún outro recurso administrativo, sempre que non fosen confirmados por sentenza xudicial firme.

- Motivos

Por ser un recurso extraordinario, o recurso de revisión só se admite nos supostos taxados recollidos no artigo 125.1 da Lei 39/2015:

- Que ao ditar a resolución incorrese en erro de feito, que resulte dos propios documentos incorporados ao expediente.
- Que aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, aínda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución recorrida.
- Que na resolución influísen esencialmente documentos ou testemuños declarados falsos por sentenza xudicial firme, anterior ou posterior a aquela resolución.
- 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.

Obsérvese que os dous últimos motivos poderían constituír a causa de nulidade de pleno dereito dos actos administrativos enunciada no artigo 47.1.d) da Lei 39/2015 (actos que sexan constitutivos de infracción penal ou se ditén como consecuencia desta), co que neses casos tamén procedería a revisión de oficio prevista no artigo 106 da lei. Neste sentido, o apartado 3 do artigo 125 advirte que o establecido no artigo que nos ocupa non prexudica o dereito dos interesados a formular a solicitude e a instancia a que se refiren os artigos 106 (revisión de oficio) e 109.2 (rectificación de erros materiais, de feito ou aritméticos existentes nos actos administrativos) nin o seu dereito a que estas se tramiten e resolvan.

- Interposición

O recurso debe interpoñerse ante o órgano que ditou a resolución recorrida. De acordo co artigo 125.2 da Lei 39/2015, o prazo para a interposición é de catro anos a partir da data da notificación da resolución impugnada, se se funda na causa primeira das anteriormente sinaladas (erro de feito que resulte dos propios documentos incorporados ao expediente). Nos demais casos, o prazo será de tres meses a contar dende o coñecemento dos documentos ou dende que a sentenza xudicial quedou firme.

- Instrución

No procedemento do recurso extraordinario de revisión é preceptivo, pero non vinculante, o ditame do Consello do Estado ou do órgano consultivo autonómico equivalente (artigo 22, punto nove, da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, e para Galicia, artigo 12.f) da Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia).

Non obstante, o órgano competente para a resolución do recurso poderá acordar motivadamente a non admisión a trámite, sen necesidade de solicitar ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da comunidade autónoma, cando este non se funde nalgunha das causas previstas no apartado 1 do artigo anterior ou no suposto de que se desestimasen en canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais (artigo 126.1 da Lei 39/2015).

- Resolución

Correspóndelle ao mesmo órgano que ditou o acto administrativo impugnado (artigo 125.1 da Lei 39/2015), o cal debe pronunciarse non só sobre a procedencia do recurso, senón tamén, se é o caso, sobre o fondo da cuestión resolta polo acto recorrido.

O prazo para ditar e notificar a resolución é de tres meses, de acordo co artigo 125.3 da Lei 39/2015, tendo o silencio efecto desestimatorio, conforme ás regras xerais do artigo 24.1, parágrafo terceiro, da lei.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

VV.AA. *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.



TEMA 18

**A POTESTADE SANCIONADORA DA
ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. O
PROCEDIMENTO SANCIONADOR.**

TEMA 18. A POTESTADE SANCIONADORA DA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. O PROCEDEMENTO SANCIONADOR.

I. A POTESTADE SANCIONADORA DA ADMINISTRACIÓN

Se as potestades da Administración poden definirse como poderes xurídicos abstractos que o ordenamento lle confire á Administración en virtude do poder de imperio do Estado, podemos definir a potestade sancionadora como aquela que faculta á Administración para impoñer sancións administrativas. Pola súa vez, por sanción administrativa entendemos un mal inflixido pola Administración a un administrado como consecuencia da súa conduta contraria ao ordenamento xurídico.

Este mal consistirá na privación dun ben ou dun dereito, pero sen que a sanción administrativa poida supoñer, directa ou indirectamente, privación de liberdade, pois iso o prohibe expresamente o artigo 25.1 da Constitución.

En función do suxeito infractor, a potestade sancionadora pode ser disciplinaria e correctiva:

- É disciplinaria a que habilita á Administración para impoñer sancións aos funcionarios polas faltas cometidas no exercicio das súas funcións públicas e a outros suxeitos sometidos a relacións de suxeición especial, como usuarios de servizos públicos, presos e profesionais que exercen profesións reguladas sometidas a colexiación obrigatoria, por infrinxir os deberes e obrigas específicas da relación que os une coa Administración.
- É correctiva a que habilita a Administración para impoñerlles sancións aos administrados ou cidadáns por actos contrarios á orde xurídica xeral.

Desde as Leis 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, e 40/2015, da mesma data, de réxime xurídico do sector público, ambas as modalidades da potestade sancionadora están substancialmente suxeitas aos mesmos principios substantivos e procedimentais, sen prexuízo das especialidades procedimentais que existen en materia tributaria e aduaneira, na orde social, en materia de tráfico e seguridade viaria e en materia de estranxeiría (disposición adicional primeira, apartado segundo, letra c), da Lei 39/2015). En particular, o artigo 25.3 da Lei 40/2015

prevé que “as disposicións deste capítulo serán extensivas ao exercicio polas administracións públicas da súa potestade disciplinaria respecto do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza xurídica da relación de emprego”.

Así mesmo, é necesario distinguir as xenuínas sancións administrativas doutras medidas restritivas de dereitos que lles pode impoñer a Administración aos administrados que teñen títulos administrativos habilitantes ou manteñen algunha relación xurídica con ela e que se resolven no seo da devandita relación (por exemplo, a chamada “caducidade por incumprimento de condicións” das autorizacións administrativas, distinta da revogación destas como sanción administrativa, as penalidades que se lle poden impoñer ao contratista na contratación pública, a resolución dos contratos e concesións administrativos por incumprimentos culpables do contratista ou concesionario etc.). A diferenza esencial entre estas medidas e as verdadeiras sancións administrativas radica en que non se lles aplican os principios que a continuación se expoñerán nin a súa imposición esixe a tramitación do procedemento sancionador. Neste sentido, o artigo 25.4 da Lei 40/2015 establece expresamente que “as disposicións deste capítulo non serán de aplicación ao exercicio polas administracións públicas da potestade sancionadora respecto de quen estea vinculados a elas por relacións reguladas pola lexislación de contratos do sector público ou pola lexislación patrimonial das administracións públicas”.

II. PRINCIPIOS

1. INTRODUCCIÓN

A Constitución de 1978 recoñece no seu artigo 25.1 a existencia dunha potestade sancionadora propia da Administración, paralela á potestade xurisdiccional penal, atribuída exclusivamente aos xuíces e tribunais determinados pola lei. Desde un primeiro momento, o Tribunal Constitucional considerou que ambas as potestades son dúas manifestacións do unitario *ius puniendi* que lle corresponde ao Estado e que, polo tanto, os principios substantivos que o artigo 25.1 da Constitución establece para o dereito penal son trasladables ao dereito administrativo sancionador, da mesma maneira que as garantías de defensa do artigo 24.2 da Lei fundamental se aplican igualmente ao procedemento administrativo sancionador, aínda que, en ambos os casos, con matices.

Correspóndelle ao lexislador, en exercicio da súa discrecionalidade política, decidir que condutas antixurídicas son obxecto de sanción penal e cales de sanción administrativa. De todos os xeitos, nos modernos sistemas punitivos rexe o principio de intervención mínima do dereito penal, que lles reserva esta modalidade punitiva aos ataques máis graves contra os bens xurídicos máis importantes para a sociedade, remitindo o castigo doutras condutas ilícitas ao dereito administrativo sancionador.

A codificación dos principios substantivos e procedimentais do dereito administrativo sancionador foi levada a cabo, sobre a base da xurisprudencia constitucional antes mencionada, pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, a través do seu título IX. Con todo, de acordo coa disposición adicional oitava desta lei, quedaban completamente excluídos desta os procedementos de exercicio da potestade disciplinaria das administracións públicas respecto do persoal ao seu servizo e de quen estean vinculados a elas por unha relación contractual, e a lei aplicábaselles só supletoriamente, en defecto da súa lexislación específica, aos procedementos administrativos para a imposición de sancións por infraccións na orde social e por infraccións en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor e seguridade viaria.

Na actualidade, os principios substantivos da potestade administrativa sancionadora pasaron a estar recollidos no capítulo III do título preliminar da Lei 40/2015, mentres que o procedemento administrativo sancionador está regulado, como unha simple especialidade do procedemento administrativo común, na Lei 39/2015, nos termos aos que se fará referencia máis adiante.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDADE

Baixo o título de “principio de legalidade”, o artigo 25 da Lei 40/2015 refírese á esixencia de que, para poder exercer a potestade sancionadora, as administracións públicas deben tela expresamente recoñecida por unha norma con rango de lei, así como á necesidade de que ese exercicio se produza a través do procedemento legalmente establecido (procedemento administrativo sancionador). Así mesmo, o exercicio da potestade regulamentaria suxeitarase ao establecido na propia Lei 40/2015, na Lei 39/2015 e, cando se trate de

entidades locais, ao disposto no título XI da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local.

Por conseguinte, en materia sancionadora aplícaselle o principio de vinculación positiva da Administración á legalidade na súa modalidade máis estrita, que esixe a atribución expresa da correspondente potestade a esta, mediante norma con rango de lei. A isto o apartado 2 do artigo 25 engádelle o requisito de que a dita potestade sexa exercida polos órganos administrativos que a teñan expresamente atribuída, neste caso por disposición de rango legal ou regulamentario, de acordo co principio de competencia administrativa. Iso non impide, con todo, que en materia sancionadora sexan admisibles tanto a delegación como a avocación de competencias nos termos previstos polos artigos 9 e 10 da Lei 40/2015, así como a delegación de sinatura contemplada no artigo 12, fronte a prohibición desta última que establecía a Lei 30/1992.

3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDADE

De conformidade co previsto no artigo 9.3 da Constitución, que consagra o principio de irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables, o artigo 26.1 da Lei 40/2015 establece que serán de aplicación as disposicións sancionadoras vixentes no momento de producirse os feitos que constitúan infracción administrativa.

Pola contra, de acordo co apartado 2 do artigo 26, as disposicións sancionadoras producirán efecto retroactivo en canto favorezan o presunto infractor ou o infractor, tanto no referido á tipificación da infracción como á sanción e aos seus prazos de prescrición, mesmo respecto das sancións pendentes de cumprimento ao entrar en vigor a nova disposición.

4. PRINCIPIO DE TIPICIDADE

O contido deste principio no artigo 27 da Lei 40/2015 é extremadamente complexo, porque recolle ao mesmo tempo o que a xurisprudencia denomina a garantía material e a garantía formal de legalidade sancionadora, é dicir, o principio de tipicidade e o principio de legalidade en sentido estrito ou reserva de lei en materia sancionadora:

- O principio de tipicidade ou garantía material de legalidade supón que, para que se poida castigar unha conduta como infracción administrativa, é necesario que unha

norma vixente no momento da súa comisión a defina como tal infracción, e o mesmo debe ocorrer coa sanción que se pretenda aplicar.

- O principio de reserva de lei sancionadora ou garantía formal de legalidade implica que as normas que tipifican as infraccións e as sancións administrativas deben ter rango de lei.

Así, o artigo 27.1 da Lei 40/2015 dispón que só constitúen infraccións administrativas as vulneracións do ordenamento xurídico previstas como tales infraccións por unha norma con rango de lei e o apartado 2 engade que unicamente pola comisión de infraccións administrativas poderán impoñerse sancións que, en todo caso, estarán delimitadas por norma con rango de lei.

En relación coa tipificación das infraccións administrativas, o artigo que nos ocupa ordena que estas se clasifiquen pola lei en leves, graves e moi graves.

Consecuencia do principio de tipicidade é a prohibición de aplicación analóxica das normas definidoras de infraccións e sancións, recollida no apartado 4 do artigo 27 da Lei 40/2015.

En canto á reserva de lei en materia sancionadora, hai que facer notar que é de carácter relativo e non absoluto, a diferenza da reserva de lei penal. Neste sentido, o apartado 3 do artigo 27 permite que as disposicións regulamentarias de desenvolvemento introduzan especificacións ou gradacións ao cadro das infraccións ou sancións establecidas legalmente que, sen constituír novas infraccións ou sancións, nin alterar a natureza ou límites das que a lei contempla, contribúan á máis correcta identificación das condutas ou á máis precisa determinación das sancións correspondentes.

No ámbito da potestade sancionadora municipal, a marxe de actuación de que dispoñen as normas regulamentarias (ordenanzas municipais) é aínda maior, reducíndose ao mínimo o alcance da reserva de lei en virtude da lexitimidade democrática directa de que goza o órgano que as aproba (o pleno do concello) e do principio constitucional de autonomía local, como admitiu o Tribunal Constitucional a partir da súa sentenza 132/2001, do 8 de xuño, en cuxo fundamento xurídico sexto se le o seguinte:

“...a esixencia de lei para a tipificación de infraccións e sancións debe ser flexible en

materias onde, por estar presente o interese local, existe un amplo campo para a regulación municipal e sempre que a regulación local a aprobe o pleno do concello. Esta flexibilidade non serve, con todo, para excluír de forma tallante a esixencia de lei. E iso porque a simple atribución por lei de competencias aos municipios – conforme á esixencia do artigo 25.2 LBRL– non contén en si a autorización para que cada municipio tipifique por completo e segundo o seu propio criterio as infraccións e sancións administrativas naquelas materias atribuídas á súa competencia. Non hai correspondencia, polo tanto, entre a facultade de regulación dun ámbito material de interese local e o poder para establecer cando e como o incumprimento dunha obriga imposta por ordenanza municipal pode ou debe ser castigada. A flexibilidade alcanza ao momento de non ser esixible unha definición de cada tipo de ilícito e sanción na lei, pero non permite a inhibición do lexislador.

Do artigo 25.1 CE derivan dúas esixencias mínimas, que se expoñen a continuación. En primeiro termo, e polo que se refire á tipificación de infraccións, correspóndelle á lei a fixación dos criterios mínimos de antixuridicidade conforme aos cales cada concello pode establecer tipos de infraccións; non se trata da definición de tipos –nin sequera da fixación de tipos xenéricos de infraccións logo completables por medio de ordenanza municipal– senón de criterios que orienten e condicionen a valoración de cada municipio á hora de establecer os tipos de infracción. En segundo lugar, e polo que se refire ás sancións, do artigo 25.1 CE deriva a esixencia, polo menos, de que a lei reguladora de cada materia estableza as clases de sancións que poden establecer as ordenanzas municipais; tampouco se esixe aquí que a lei estableza unha clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, senón unha relación das posibles sancións que cada ordenanza municipal pode predeterminar en función da gravidade dos ilícitos administrativos que ela mesma tipifica”.

O cumprimento desas esixencias mínimas do principio de legalidade en relación coa potestade sancionadora municipal levouse a cabo mediante o título XI da Lei de bases do réxime local, ao que se remiten expresamente nesta materia os artigos 25.1 e 27.1 da Lei 40/2015.

5. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDADE

O principio de responsabilidade é equivalente no ámbito do dereito administrativo sancionador ao principio de culpabilidade do dereito penal. A súa formulación inicial é moi similar á deste, pero presenta matices que o diferencian.

Así, o artigo 28.1 da Lei 40/2015 sinala que só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas, así como, cando unha norma con rango de 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. Isto implica, por unha banda, que a responsabilidade disciplinaria se lles pode esixir tanto a persoas físicas como xurídicas e mesmo a entidades sen personalidade xurídica, e, por outra, que non se admite a responsabilidade obxectiva, pois na conduta infractora ten que concorrer o elemento subxectivo do dolo ou a culpa.

Agora ben, hai dúas excepcións, recollidas nos apartados 3 e 4 deste artigo 28, en que se admite a responsabilidade sancionadora por feitos alleos:

- Cando o cumprimento dunha obriga establecida por unha norma con rango de lei lle corresponda a varias persoas conxuntamente. Neste caso, tales persoas responderán de forma solidaria das infraccións que, se é o caso, se cometan e das sancións que se impoñan, aínda que, cando a sanción sexa pecuniaria e sexa posible, individualizárase na resolución en función do grao de participación de cada responsable.
- Cando as leis reguladoras dos distintos réximes sancionadores tipifiquen como infracción o incumprimento da obriga de previr a comisión de infraccións administrativas por quen se atope suxeitos a unha relación de dependencia ou vinculación. Así mesmo, poderán prever os supostos en que determinadas persoas responderán do pagamento das sancións pecuniarias impostas a quen delas dependan ou estean vinculadas. En principio, trataríase de casos reconducibles á chamada “culpa in vixiando”, nos que, máis que responderse por feitos alleos, respóndese polo incumprimento da obriga de vixiar debidamente a conduta doutras

persoas.

Por último, o apartado 2 do artigo 28 establece a plena compatibilidade das responsabilidades administrativas que se deriven da comisión dunha infracción coa esixencia ao infractor da reposición da situación alterada por este ao seu estado orixinario, así como coa indemnización polos danos e perdas causados, que será determinada e esixida polo órgano ao que corresponda o exercicio da potestade sancionadora. Aínda que non se matiza no precepto, hai que entender que os danos e perdas cuxa indemnización se pode esixir por vía administrativa son exclusivamente os causados á propia Administración, non a outros particulares. Estes últimos darían lugar a un suposto de responsabilidade extracontractual entre particulares que se tería que dirimir pola vía xurisdiccional civil e non a través dun procedemento administrativo.

A este respecto, o artigo 90.4 da Lei 39/2015 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.

De non satisfacerse a indemnización no prazo que para o efecto se determine en función da súa contía, procederase na forma prevista no artigo 101 da Lei 39/2015, é dicir, a través do procedemento de constrinximento.

6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDADE

O artigo 29 da Lei 40/2015 reúne baixo a rúbrica de “principio de proporcionalidade” diversas normas que teñen en común referirse aos criterios que se deben seguir á hora de tipificar e de aplicar as sancións administrativas.

O principio de proporcionalidade en sentido propio recóllese no apartado 3 do artigo, que sinala que tanto na determinación normativa do réxime sancionador como na imposición de sancións polas administracións públicas deberase observar a debida idoneidade e

necesidade da sanción para impoñer e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción. Por conseguinte, o principio aplícase tanto no momento da tipificación das sancións como no da súa aplicación administrativa.

Outras regras específicas da tipificación da sancións administrativas son as seguintes:

- Tal como impón o artigo 25.3 da Constitución, as sancións administrativas, sexan ou non de natureza pecuniaria, en ningún caso poderán implicar, directa ou subsidiariamente, privación de liberdade (artigo 29.1 da Lei 40/2015).
- O establecemento de sancións pecuniarias deberá prever que a comisión das infraccións tipificadas non resulte máis beneficioso para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas (artigo 29.2).

Polo que se refire aos criterios relativos á aplicación administrativa das sancións, recóllense os seguintes:

- A gradación da sanción considerará especialmente os seguintes criterios (artigo 29.3 da Lei 40/2015):
 - O grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade.
 - A continuidade ou persistencia na conduta infractora.
 - A natureza dos prexuízos causados.
 - 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.
- Cando o xustifique a debida adecuación entre a sanción que deba aplicarse coa gravidade do feito constitutivo da infracción e as circunstancias concorrentes, o órgano competente para resolver poderá impoñer a sanción no grao inferior (artigo 29.4).
- Cando da comisión dunha infracción derive necesariamente a comisión doutra ou outras, deberase impoñer unicamente a sanción correspondente á infracción máis

grave cometida (artigo 29.5).

Por último, o apartado 6 do artigo 29 prevé 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. Desta maneira, conságrase un concepto inusual de infracción continuada, pois xeralmente enténdese por esta a consistente nunha conduta activa ou omisiva que se prolonga no tempo sen solución de continuidade, debendo distinguirse da reiteración dunha mesma infracción, especialmente para os efectos do cómputo dos prazos de prescripción, como se dirá a continuación.

7. PRINCIPIO DE PRESCRICIÓN

A prescripción das infraccións e sancións administrativas implica que, se pasan uns determinados prazos de tempo sen que unha infracción se persiga mediante a iniciación do correspondente procedemento sancionador ou sen que unha sanción xa imposta se execute, a infracción xa non poderá ser sancionada ou a sanción executada.

O artigo 30 da Lei 40/2015 consagra este principio establecendo uns prazos de prescripción das infraccións e das sancións administrativas que son de aplicación en defecto de previsión respecto diso da leis que leven a cabo a tipificación daquelas. Desta maneira, garántese que, aínda no caso de silencio do lexislador sobre a prescripción, esta vai operar igualmente.

Eses prazos supletorios son os seguintes: as infraccións moi graves prescribirán aos tres anos, as graves aos dous anos e as leves aos seis meses; as sancións impostas por faltas moi graves prescribirán aos tres anos, as impostas por faltas graves aos dous anos e as impostas por faltas leves ao ano.

Establece tamén o artigo nos seus apartados 2 e 3 as regras para o cómputo dos prazos de prescripción, que se aplican en todo caso:

- O prazo de prescripción das infraccións comezará a contarse desde o día en que a infracción se cometese. No caso de infraccións continuadas ou permanentes, o prazo comezará a correr desde que finalizou a conduta infractora.

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.

- O prazo de prescrición das sancións comezará a contarse desde o día seguinte a aquel en que sexa executable a resolución pola que se impón a sanción ou transcorrese o prazo para recorrela.

Interromperá a prescrición a iniciación, con coñecemento do interesado, do procedemento de execución, volvendo transcorrer o prazo se aquel está paralizado durante máis dun mes por causa non imputable ao infractor.

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 contarse desde o día seguinte a aquel en que finalice o prazo legalmente previsto para a resolución do devandito recurso.

8. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Por último, o artigo 31 da Lei 40/2015, co rótulo un tanto equívoco de “concorrenza de sancións”, recolle no seu apartado 1 o principio *non bis in idem*, segundo o cal “non poderán sancionarse os feitos que o fosen penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade do suxeito, feito e fundamento”. Por conseguinte:

- A prohibición de dobre sanción opera tanto se os feitos foron sancionados previamente en vía penal, coma se o foron en vía administrativa, de acordo co xa dito sobre a substancial identidade do dereito penal e do dereito administrativo sancionador como manifestacións do *ius puniendi* do Estado.

- Para que este principio sexa aplicable, ten que concorrer a tripla identidade de suxeito, feito e fundamento. En particular, se o fundamento da sanción cambia porque a norma que tipifica a segunda infracción protexe un ben xurídico distinto ao que protexe a primeira, entón cabe a dobre sanción polo mesmo feito. É o que sucede, por exemplo, cando unha conduta antixurídica realizada por un funcionario

público no exercicio das súas funcións é obxecto da correspondente sanción penal ou administrativa, pero esta non cobre o específico desvalor que para o correcto funcionamento da organización administrativa supuxo esa conduta; neste caso será posible sancionala tamén por vía disciplinaria.

O apartado 2 do artigo 31 refírese a un suposto particular de concorrencia de sancións administrativas, que é o que se produce cando un órgano da Unión Europea impuxese unha sanción polos mesmos feitos. Sempre que non concorra a identidade de suxeito e fundamento, o órgano competente para resolver deberá ter en conta a sanción europea para os efectos de graduar a que, se é o caso, deba impoñer, podendo minorala, sen prexuízo de declarar a comisión da infracción.

O principio *non bis in idem* ten tamén unha vertente procedimental que, sorprendentemente, non se recolle nin na Lei 40/2015, nin na Lei 39/2015, aínda que si en moitas das leis que tipifican infraccións e sancións administrativas, así como na xurisprudencia constitucional e ordinaria. Esa vertente determina que, cando un mesmo feito é susceptible de ser perseguido tanto en vía penal como en vía administrativa, ten preferencia o axuizamento penal sobre o procedemento administrativo sancionador, posto que as sancións penais protexen os bens xurídicos máis importantes da sociedade fronte aos ataques máis graves contra eles. Esta preferencia obriga a que a tramitación do procedemento administrativo sancionador se suspenda, ben cando a propia Administración descobre indicios de que o feito pode ser delituoso, o que a obriga a dar traslado deste ao Ministerio Fiscal, ben cando teña noticia da iniciación das dilixencias penais.

Unha vez finalizadas completamente as dilixencias penais, se estas non concluíron cunha sentenza firme condenatoria ou se a sanción penal imposta é compatible, nos termos antes expresados, coa sanción por vía administrativa dos mesmos feitos, o procedemento administrativo sancionador pódese renovar, pero cunha importante limitación que está expresamente recollida no artigo 77.4 da Lei 39/2015: os feitos declarados probados por resolucións xudiciais penais firmes vincularán as administracións públicas, pois, como declarou o Tribunal Constitucional, uns mesmos feitos non poden existir e deixar de existir para os órganos do Estado (fundamento xurídico cuarto da sentenza 77/1983, do 3 de outubro).

III. O PROCEDEMENTO SANCIONADOR

1. REGULACIÓN

A Lei 30/1992 consagrou os principios do procedemento administrativo sancionador, extraídos, como xa se dixo, da xurisprudencia constitucional e ordinaria recaída na materia, pero non regulou un procedemento sancionador común. Por iso, o Estado aprobou pouco despois da entrada en vigor daquela un Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora (Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto), coa finalidade de establecer unha canle procedimental de aplicación supletoria en defecto de regulación do procedemento sancionador nas leis que tipifican as infraccións e as sancións administrativas. Agora ben, este regulamento só resultaba aplicable ás infraccións e sancións tipificadas en leis estatais e, por iso, varias comunidades autónomas (entre as que non se atopaba Galicia) procederon a ditar leis ou regulamentos coa mesma finalidade de regular un procedemento sancionador xeral para as infraccións e sancións tipificadas nas súas propias leis.

A esta dispersión normativa do procedemento administrativo sancionador puxo fin a Lei 39/2015, optando por integrar a súa regulación dentro da regulación do procedemento administrativo común en forma de simples especialidades e derogando expresamente o Real decreto 1398/1993. Os únicos procedementos sancionadores que quedan excluídos do ámbito de aplicación directa da Lei 39/2015 e aos que esta só se lles aplica de maneira supletoria son os relativos á materia tributaria e aduaneira, orde social, tráfico e seguridade viario e estranxeiría (disposición adicional primeira, apartado 2, letra c). Para os demais ámbitos, rexen as regras xerais do artigo 1.2 da lei, segundo o cal “só mediante lei, cando resulte eficaz, proporcionado e necesario para a consecución dos fins propios do procedemento, e de maneira motivada, poderán incluírse trámites adicionais ou distintos aos contemplados nesta Lei” e “reglamentariamente poderán establecerse especialidades do procedemento referidas aos órganos competentes, prazos propios do concreto procedemento por razón da materia, formas de iniciación e terminación, publicación e informes que se van solicitar”.

2. GARANTÍAS E DEREITOS DE DEFENSA

De acordo co repetidamente dito sobre a substancial identidade de natureza entre o dereito

penal e o dereito administrativo sancionador, a este último trasládanselle, cos debidos matices, as garantías e dereitos de defensa do proceso penal.

- O procedemento sancionador como garantía

A primeira desas garantías é a propia necesidade de tramitar o procedemento sancionador para a imposición de calquera sanción administrativa, o que proscribe a antiga práctica de impoñer sancións “de plano” que existía na nosa Administración pública. Así o establece o artigo 63.2 da Lei 39/2015, segundo o cal “en ningún caso se poderá impoñer unha sanción sen que se tramitase o oportuno procedemento”.

- Separación entre a fase de instrución e de resolución do procedemento

No procedemento administrativo sancionador imponse, igual que no proceso penal, a separación entre a fase de instrución e a de resolución, que deberán estar encomendadas a órganos distintos, como garantía de obxectividade (artigo 63.1 da Lei 39/2015). Con todo, esta garantía vese un tanto depreciada no ámbito administrativo porque, a diferenza dos órganos xurisdicionais, que son independentes entre si, de tal maneira que os superiores en grao só poden corrixir a actuación dos inferiores por vía de recurso, os órganos administrativos están vinculados xerarquicamente e non se prohíbe que o órgano instructor dun procedemento sancionador estea subordinado ao competente para resolver e, polo tanto, suxeito ás súas ordes e instrucións.

- Dereito a ser informado da acusación

O dereito para ser informado da acusación que consagra o artigo 24.2 da Constitución trasládase ao procedemento administrativo sancionador a través do dereito do presunto responsable, recollido no artigo 53.2.a) da Lei 39/2015, a ser notificado dos feitos que se lle imputen, das infraccións que tales feitos poidan constituír e das sancións que, se é o caso, se lles puidesen impoñer, así como da identidade do instructor, da autoridade competente para impoñer a sanción e da norma que atribúa tal competencia. Este dereito, como xa se verá, faise efectivo mediante a notificación do acordo de iniciación do procedemento ou, se é o caso, do prego de cargos.

- Dereito á presunción de inocencia

Tamén se aplica no procedemento administrativo sancionador o dereito á presunción de inocencia, igualmente consagrado no artigo 24.2 da Constitución. Neste sentido, o artigo 53.2.b) da Lei 39/2015 recoñécelle ao presunto responsable o dereito á presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario. Polo tanto, para que a Administración poida impoñerlle unha sanción a unha persoa, terá que practicar no procedemento proba de cargo suficiente para desvirtuar esa presunción de non responsabilidade.

Agora ben, as denuncias e actas de infracción dos funcionarios que teñen recoñecida legalmente a condición de axentes da autoridade, cando reúnen os requisitos legais correspondentes, constitúen por si mesmas proba de cargo suficiente para desvirtuar a presunción de inocencia, sen necesidade en principio de practicar máis proba. Así se desprende do artigo 77.5 da Lei 39/2015, que sinala que “os documentos formalizados polos funcionarios aos que se recoñece a condición de autoridade e nos que, observándose os requisitos legais correspondentes se recollan os feitos constatados por aqueles farán proba destes salvo que se acredite o contrario”, e está admitido tamén pola xurisprudencia tanto constitucional como ordinaria.

Por conseguinte, cando o procedemento sancionador se inicia sobre a base de tales documentos, a carga da proba desprázase ao presunto responsable, que terá que desvirtuar mediante probas de descargo o contido da denuncia ou acta de infracción achegada pola Administración. Algunhas leis seguen referíndose a esta especial forza probatoria das denuncias e actas de infracción dos axentes da autoridade coa expresión de “presunción de veracidade”.

Relacionados coas presunción de inocencia están os dereitos a non declarar contra si mesmo e a non confesarse culpable, que non se recoñecen expresamente na Lei 39/2015, pero son aplicables ao procedemento administrativo sancionador en virtude do artigo 24.2 da Constitución. Con todo, aquí tamén existen peculiaridades propias do ámbito administrativo, pois son frecuentes as leis que impoñen obrigas de colaboración coas funcións inspectoras da Administración que compelen os administrados, baixo a ameaza de

sanción administrativa en caso de resistencia, a poñer en mans desta documentos e outros elementos susceptibles de ser utilizados como probas para sancionalos, ou a identificar os presuntos responsables de infraccións administrativas, sen que isto fose considerado polo Tribunal Constitucional contrario ao artigo 24.2 da Constitución.

- Dereito á defensa e á asistencia de letrado

O dereito á defensa e á asistencia de letrado, recoñecido no artigo 24.2 da Constitución, está garantido con carácter xeral en todos os procedementos administrativos a través do artigo 53.1.g) da Lei 39/2015, que sinala que os interesados teñen dereito a “a actuar asistidos de asesor cando o consideren conveniente en defensa dos seus intereses”.

- Dereito a utilizar os medios de proba pertinentes para a defensa

Como no caso anterior, o dereito para utilizar os medios de proba pertinentes para a defensa do artigo 24.2 da Constitución tamén se recoñece con carácter xeral en artigo 53.1.e) da Lei 39/2015, a través do dereito dos interesados nos procedementos administrativos a “formular alegacións, utilizar os medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico, e a achegar 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”. En relación coa práctica das probas propostas polo presunto responsable dunha infracción administrativa, é preciso ter en conta tamén a previsión do artigo 77.3 da lei, segundo a cal “o instrutor do procedemento só poderá rexeitar as probas propostas polos interesados cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias, mediante resolución motivada”. A isto hai que engadirlle que, en fase de control xurisdiccional das sancións administrativas, o artigo 60.3 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, establece no seu segundo inciso que “se o obxecto do recurso fose unha sanción administrativa ou disciplinaria, o proceso recibírase sempre a proba cando exista desconformidade nos feitos”.

3. INICIACIÓN DO PROCEDEMENTO

- Información e actuacións previas

O artigo 55 da Lei 39/2015 prevé con carácter xeral que, con anterioridade ao comezo 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.

No caso en particular dos procedementos de natureza sancionadora, o apartado 2 do artigo mencionado sinala que 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 puidesen resultar responsables e as circunstancias relevantes que concorran nuns e outros.

As actuacións previas serán realizadas polos órganos que teñan atribuídas funcións de investigación, investigación e inspección na materia e, en defecto destes, pola persoa ou órgano administrativo que se determine polo órgano competente para a iniciación ou resolución do procedemento.

- Medidas provisionais

As medidas provisionais son o equivalente no ámbito administrativo ao que en dereito procesual se denominan medidas cautelares. Pódense adoptar, se concorren os requisitos legalmente establecidos, en calquera tipo de procedemento administrativo, pero son especialmente importantes nos procedementos sancionadores, pola necesidade que adoita xurdir de poñer fin de maneira inmediata á conduta infractora.

O artigo 56 da Lei 39/2015 distingue as que se adoptan unha vez iniciado o procedemento das que se adoptan antes da iniciación deste:

- As primeiras son competencia do órgano administrativo responsable de resolver o procedemento. Pódense adoptar de oficio ou a instancia de parte, pero sempre de forma motivada. A súa finalidade é asegurar a eficacia da resolución que puidese recaer, se existisen elementos de xuízo suficientes para iso, de acordo cos principios de proporcionalidade, efectividade e menor onerosidade.
- A segundas son competencia do órgano responsable de iniciar ou instruír o procedemento. Pódense adoptar de oficio ou a instancia de parte, sempre de forma motivada, pero só nos casos de urxencia inaprazable e para a protección provisional

dos intereses implicados, e deberán resultar necesarias e proporcionadas. Este tipo de medidas provisionais deberán ser confirmadas, modificadas ou levantadas no acordo de iniciación do procedemento, que deberá efectuarse dentro dos quince días seguintes á súa adopción, o cal poderá ser obxecto do recurso que proceda. En todo caso, quedarán sen efecto se non se inicia o procedemento no devandito prazo ou cando o acordo de iniciación non conteña un pronunciamento expreso acerca destas.

Tanto nun caso como no outro, as medidas provisionais que cabe acordar, nos termos previstos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, son as seguintes:

- Suspensión temporal de actividades.
- Prestación de fianzas.
- Retirada ou intervención de bens produtivos ou suspensión temporal de servizos por razóns de sanidade, hixiene ou seguridade, o peche temporal do establecemento por estas ou outras causas previstas na normativa reguladora aplicable.
- Embargo preventivo de bens, rendas e cousas funxibles computables en metálico por aplicación de prezos certos.
- O depósito, retención ou inmovilización de cousa moble.
- A intervención e depósito de ingresos obtidos mediante unha actividade que se considere ilícita e cuxa prohibición ou cesación se pretenda.
- Consignación ou constitución de depósito das cantidades que se reclamen.
- A retención de ingresos a conta que deban aboar as administracións públicas.
- Aqueloutras medidas que, para a protección dos dereitos dos interesados, prevegan expresamente as leis, ou que se estimen necesarias para asegurar a efectividade da resolución.

En todo caso, 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.

As medidas provisionais poderán ser alzadas ou modificadas durante a tramitación do procedemento, de oficio ou a instancia de parte, en virtude de circunstancias sobrevindas ou que non puideron ser tidas en conta no momento da súa adopción, e extinguíranse cando produza efectos a resolución administrativa que poña fin ao procedemento sancionador. Con todo, o artigo 90.3, parágrafo primeiro, da Lei 39/2015 admite a posibilidade de que se adopten nesta as disposicións cautelares precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva e que poderán consistir no mantemento das medidas provisionais que, se é o caso, se adoptasen.

- Forma de iniciación do procedemento sancionador

O procedemento sancionador presenta a especialidade en canto á súa forma de iniciación de que só se pode iniciar de oficio polo órgano competente, e considérase que un órgano é competente para iniciar o procedemento cando así o determinen as súas normas reguladoras (artigo 63.1 da Lei 39/2015). Por conseguinte, en ningún caso cabe a iniciación deste tipo de procedementos a solicitude do interesado.

Ademais, o apartado 3 do artigo 63 prohibe que se inicien novos procedementos de carácter sancionador por feitos ou condutas tipificadas como infraccións en cuxa comisión o infractor persista de forma continuada, en tanto non recaese unha primeira resolución sancionadora, con carácter executivo.

De acordo co artigo 58 da Lei 39/2015, a iniciación de oficio dos procedementos pode producirse por propia iniciativa do órgano competente ou como consecuencia de orde superior, a petición razoada doutros órganos ou por denuncia. Estas tres últimas modalidades de impulso da iniciación de oficio presentan algunhas especialidades no procedemento sancionador:

- Inicio do procedemento como consecuencia de orde superior ou por petición razoada doutros órganos. Os artigos 60.2 e 61.3 da Lei 39/2015 establecen que nos procedementos de natureza sancionadora a orde ou a petición expresará, na medida

do posible:

- A persoa ou persoas presuntamente responsables.
 - As condutas ou feitos que puidesen constituír infracción administrativa e a súa tipificación.
 - O lugar, a data, datas ou período de tempo continuado en que os feitos se produciron.
- Inicio do procedemento por denuncia. Con carácter xeral, de acordo co artigo 63.2 da Lei 39/2015, 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 estes feitos puidesen constituír unha infracción administrativa, recollerán a data da súa comisión e, cando sexa posible, a identificación dos presuntos responsables.

En relación coas denuncias, hai que engadir que o apartado 4 do artigo 63 prevé que, 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 achegar elementos de proba que permitan iniciar o procedemento ou comprobar a infracción, a condición de que no momento de achegarse 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 é o caso, a sanción de carácter non pecuniario, cando se non se cumprise algunha das condicións anteriores, o denunciante facilite elementos de proba que acheguen un valor engadido significativo respecto daqueles dos que se dispoña.

En ambos os casos será necesario que o denunciante cese na participación da infracción e non destrúise elementos de proba relacionados co obxecto da denuncia.

Por último, de acordo co apartado 5 do artigo 63, a presentación dunha denuncia non

confire, por si soa, a condición de interesado no procedemento. Como se verá a continuación, ao denunciante que non teña a condición de interesado só hai que comunicarlle a incoación do procedemento cando as normas reguladoras do procedemento así o prevexan.

- Contido do acordo de iniciación

O contido mínimo do acordo de iniciación do procedemento aparece recollido no artigo 64.2 da Lei 39/2015, nos termos seguintes:

- Identificación da persoa ou persoas presuntamente responsables.
- 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.
- Identificación do instrutor e, se é o caso, secretario do procedemento, con expresa indicación do seu réxime de recusación.
- Órgano competente para a resolución do procedemento e 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.
- Medidas de carácter provisional que se acordaron polo órgano competente para iniciar o procedemento sancionador, sen prexuízo das que se poidan adoptar na súa duración, de conformidade co artigo 56.
- Indicación do dereito para formular alegacións e á audiencia no procedemento e dos prazos para o seu exercicio, así como indicación de que, no caso de non efectuar alegacións no prazo previsto sobre o contido do acordo de iniciación, este poderá ser considerado como proposta de resolución cando conteña un pronunciamento preciso acerca da responsabilidade imputada.

De conformidade co apartado 1 do artigo 64, o acordo de iniciación comunicáraselle ao instrutor do procedemento, con traslado de cantas actuacións existan respecto diso, e notificaráselles aos interesados, entendendo en todo caso por tal ao inculpado, a fin de facer efectivo o dereito deste recollido no artigo 53.2.a). Así mesmo, a incoación

comunicaráselle ao denunciante cando as normas reguladoras do procedemento así o prevean.

Engade o apartado 3 do artigo 64 que, 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 lles deberá ser notificado aos interesados.

4. INSTRUCCIÓN DO PROCEDEMENTO

A Lei 39/2015 non contén abertamente especialidades relativas á instrución dos procedementos sancionadoras, pero de diversos preceptos desta poden deducirse as seguintes:

- Nestes procedementos existe un trámite específico de alegacións, que se practica inmediatamente despois de notificado o acordo de iniciación ou o prego de cargos e para o que se concederá un prazo de dez días, se non está previsto outro polas normas reguladoras do procedemento, conforme ao establecido con carácter xeral no artigo 73.1 da Lei 39/2015. No caso de que o inculpado non efectúe 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.
- Outra especialidade é que o trámite de audiencia e vista do expediente se leva a cabo despois e non antes de que o instrutor formule a proposta de resolución, a cal ademais debe notificaráselles aos interesados. Establece o artigo 89.2 da Lei 39/2015 que, no caso de procedementos de carácter sancionador, unha vez concluída a instrución do procedemento, o órgano instrutor formulará unha proposta de resolución que deberá serlles 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 estimen pertinentes.

En canto ao contido da proposta de resolución, sinala o apartado 3 do artigo 89 que nela se

fixarán de forma motivada os feitos que se consideren probados e a súa exacta cualificación xurídica, determinarase a infracción que, se é 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 é o caso, se adoptaron. Cando a instrución conclúa a inexistencia de infracción ou responsabilidade e non se faga uso da facultade que o apartado 1 do artigo lle confire ao instrutor para resolver a finalización do procedemento e archivar as actuacións, a proposta declarará esa circunstancia.

5. TERMINACIÓN DO PROCEDEMENTO

- Terminación anticipada do procedemento

A Lei 39/2015 contempla dous casos opostos entre si de terminación anticipada do procedemento sancionador:

- De acordo co artigo 89.1, o órgano instrutor resolverá a finalización do procedemento, co arquivo 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 inexistencia dos feitos que puidesen constituír a infracción.
 - Cando o feitos non resulten acreditados.
 - Cando os feitos probados non constitúan, de modo manifesto, infracción administrativa.
 - Cando non exista ou non se puido identificar a persoa ou persoas responsables ou ben aparezan exentos de responsabilidade.
 - Cando se conclúse, en calquera momento, que prescribiu a infracción.
- De acordo co artigo 85 nos seus dous primeiros apartados, o procedemento tamén terminará de forma anticipada:
 - Se o infractor recoñece a súa responsabilidade, nese caso poderase resolver

o procedemento coa imposición da sanción que proceda.

- Se o presunto responsable paga voluntariamente a sanción en calquera momento antes de que se chegue a ditar resolución, cando aquela teña unicamente carácter pecuniario ou ben caiba impoñer unha sanción pecuniaria e outra de carácter non pecuniario, pero se xustificou a improcedencia da segunda. Déixase expresamente a salvo o relativo á reposición da situación alterada ou á determinación da indemnización polos danos e perdas causados pola comisión da infracción.

Nestes dous casos, cando a sanción teña unicamente carácter pecuniario, o órgano competente para resolver o procedemento aplicará reducións do vinte por cento, incrementable regulamentariamente, sobre o importe da sanción proposta, sendo estes 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 resolución nos procedementos sancionadores

As especialidades da resolución nos procedementos sancionadores están recollidas no artigo 90 da Lei 39/2015:

- En canto ao contido. Dispón o apartado 1 do artigo 90, que, ademais do contido xenérico que impón ás resolucións dos procedementos administrativos a Lei 39/2015, no caso de procedementos de carácter sancionador a resolución incluírá a valoración das probas practicadas, en especial aquelas que constitúan os fundamentos básicos da decisión, fixará os feitos e, se é 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.
- En canto á súa vinculación á proposta de resolución formulada polo instrutor. O apartado 2 do artigo 90 precisa que na resolución non se poderán aceptar feitos distintos dos determinados no curso do procedemento, con independencia da súa

diferente valoración xurídica. Con todo, cando o órgano competente para resolver considere que a infracción ou a sanción revisten maior gravidade que a determinada na proposta de resolución, notificaráselle ao inculpado para que achegue cantas alegacións estime convenientes no prazo de quince días.

- En canto á súa executividade. Establece o apartado 3 do artigo 90 que a resolución que poña fin ao procedemento sancionador será executiva cando non caiba contra ela ningún recurso ordinario en vía administrativa, é dicir, cando sexa firme en vía administrativa, e poderá adoptarse nesta as disposicións cautelares precisas para garantir a súa eficacia en tanto non sexa executiva e que poderán consistir no mantemento das medidas provisionais que se é o caso se adoptaron.

Ademais, cando a resolución sexa executiva, poderase suspender preventivamente, se o interesado lle manifesta á Administración a súa intención de interpoñer un recurso contencioso-administrativo contra a resolución firme en vía administrativa. A dita suspensión cautelar finalizará cando:

- Transcorrese o prazo legalmente previsto sen que o interesado interpuxese un recurso contencioso administrativo.
- Logo de que interesado interpuxese un recurso contencioso-administrativo, non se solicite no mesmo trámite a suspensión cautelar da resolución impugnada ou o órgano xudicial se pronuncie sobre a suspensión cautelar solicitada, nese caso estarase aos termos previstos nese pronunciamento.

- Prazo para ditar e notificar a resolución e efectos da falta de resolución expresa

A Lei 39/2015, a diferenza do derogado Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora que aprobara o Real decreto 1398/1993, non establece un prazo máximo para ditar e notificar a resolución nos procedementos sancionadores, de aplicación supletoria en defecto de previsión na regulación específica das correspondentes infraccións e sancións administrativas. Por conseguinte, a falta de tales previsións será de aplicación o prazo de tres meses establecido con carácter xeral no artigo 21.3 da Lei 39/2015, que, ademais, sinala que nos procedementos iniciados de oficio, como son os sancionadores, o

prazo máximo para notificar a resolución contarase en todo caso desde a data do acordo de iniciación (nótese que non desde a data de notificación deste).

De acordo co artigo 25.1.b) da Lei 39/2015, nos procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras o vencemento do prazo máximo establecido sen que se ditase e notificase a resolución expresa producirá a caducidade do procedemento. Nestes casos, a resolución que declare a caducidade ordenará o arquivo das actuacións, o que impide absolutamente que se poida ditar unha resolución de maneira extemporánea. A doutrina da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo inclínase pola invalidez desas resolucións extemporáneas, a partir da sentenza do 28 de xuño de 2004 (recurso de casación núm. 791/2001).

En cambio, tal como se desprende do artigo 95.3 da Lei 39/2015, o que caberá é volver iniciar o procedemento en tanto non prescriba a infracción, e deberá terse en conta que os procedementos caducados non interrompen o prazo de prescripción, é dicir, que o tempo que durou a tramitación do procedemento caducado compútase dentro dese prazo. Engade o artigo citado que, nos casos nos que sexa posible a iniciación dun novo procedemento por non producirse a prescripción, poderán incorporarse a este os actos e trámites cuxo contido se mantivo igual de non producirse a caducidade. En todo caso, no novo procedemento deberán realizarse os trámites de alegacións, proposición de proba e audiencia ao interesado.

6. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DO PROCEDEMENTO SANCIONADOR

O artigo 96 da Lei 39/2015 regula a tramitación simplificada do procedemento administrativo común. No caso dos procedementos sancionadores, o apartado 5 do artigo prevé que esta forma de tramitación se poderá adoptar 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. O acordo de aplicación da tramitación simplificada notificaráselles aos interesados, sen que estes se poidan opoñer a esta forma de tramitación, a diferenza do que ocorre no resto dos procedementos administrativos, onde tal oposición supón que se teña que volver á tramitación ordinaria.

Conforme ao apartado 6 do artigo 96, 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 lle notifique ao interesado o acordo de tramitación simplificada do procedemento. Dos trámites que hai que practicar na tramitación simplificada, son de aplicación aos procedementos sancionadores unicamente os seguintes:

- Inicio do procedemento de oficio.
- Alegacións formuladas ao comezo do procedemento durante o prazo de cinco días.
- Trámite de audiencia.
- Resolución.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de derecho administrativo*, II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 19

A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DA INSTITUCIÓN NO SISTEMA ESPAÑOL. LESIÓN DETERMINANTE, SUXEITOS IMPUTABLES E CAUSAS DE IMPUTACIÓN. A EXTENSIÓN DA REPARACIÓN. A ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE.

TEMA 19. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DA INSTITUCIÓN NO SISTEMA ESPAÑOL. LESIÓN DETERMINANTE, SUXEITOS IMPUTABLES E CAUSAS DE IMPUTACIÓN. A EXTENSIÓN DA REPARACIÓN. A ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE.

I. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DA INSTITUCIÓN NO SISTEMA ESPAÑOL

1. A GARANTÍA PATRIMONIAL DO CIDADÁN: RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E EXPROPIACIÓN FORZOSA

Como sinala Santamaría Pastor, o ordenamento xurídico español garante a integridade patrimonial do cidadán mediante dúas institucións, que son a expropiación forzosa (artigo 33.3 da Constitución) e a responsabilidade patrimonial da Administración (artigo 106.2 da Constitución).

Para distinguir ambas as institucións, a doutrina ofrece dúas teorías:

- A primeira, defendida por García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, indica que a expropiación forzosa se refire a supostos de privación singular da propiedade realizados de modo directo e voluntario (expropiación dun terreo para construír unha autovía). Pola contra, a responsabilidade patrimonial cubriría os danos ocasionados polas administracións por accións ou omisións que perseguen un fin distinto da privación, pero que implican como efecto non querido a xeración dun dano.
- A segunda teoría sinala que a expropiación forzosa incorre en ablacións patrimoniais realizadas de forma lexítima e axustada a dereito, mentres que a institución da responsabilidade patrimonial entraría en xogo ante as realizadas de forma ilícita.

De acordo con Melón Muñoz, o fundamento último da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, que xustifica a súa existencia, é a igualdade dos cidadáns ante as cargas públicas, que os faculta a reclamar fronte ás administracións públicas cando estas lles causen un dano específico e singular, que non teñan o deber de soportar, e que

supere o sacrificio xeral ou carga pública media esixible a todos os cidadáns.

Este autor engade, como fundamento da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, a reparación do risco social, na medida en que se a actividade da Administración vai encamiñada ao interese xeral, é de xustiza que os danos que cause na devandita actividade sexan resarcidos economicamente pola colectividade.

2. NORMATIVA APLICABLE

A Constitución española de 1978 contén varios artigos relacionados coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas:

- O artigo 9.3 sinala que a Constitución garante a responsabilidade dos poderes públicos.
- O artigo 106.2 consagra os principios fundamentais do sistema de responsabilidade patrimonial da Administración construído pola normativa preconstitucional, ao establecer que “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”.
- O artigo 121 aborda o ámbito xudicial, dispoñendo que “os danos causados por erro xudicial, así como os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de Xustiza, darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado, conforme á lei”.
- Por fin, o artigo 149.1.18 outórgalle competencia exclusiva ao Estado para regular “o sistema de responsabilidade patrimonial de todas as administracións públicas”.

O desenvolvemento destas previsións constitucionais atopámolo, para a responsabilidade patrimonial no ámbito da Xustiza, nos artigos 292 a 297 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial.

Pola súa banda, a responsabilidade patrimonial das administracións públicas foi obxecto de regulación no título X da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das

administracións públicas e do procedemento administrativo común, completado nos aspectos procedimentais polo regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial, aprobado polo Real decreto 429/1993, do 26 de marzo. Estas disposicións foron substituídas polas vixentes leis 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, que lles dedica o capítulo IV do seu título preliminar aos aspectos substantivos da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, e 39/2015, tamén do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas, que inclúe dentro da regulación deste as especialidades dos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial.

Así mesmo, para o caso particular da responsabilidade da Administración polos danos e perdas que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución dos contratos públicos, é preciso ter en conta os artigos 214, 246.e) e 280.c) do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro.

Formalmente, segue vixente o capítulo II do título IV da Lei do 16 de decembro de 1954 sobre expropiación forzosa, que é de onde procede a actual configuración do réxime de responsabilidade patrimonial da Administración no ordenamento xurídico español, pero as súas previsións só serán aplicables na medida en que non contradigan as normas con rango de lei sobre a mesma materia ditadas con posterioridade, ás que se acaba de facer referencia.

3. CARACTERÍSTICAS XERAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS EN ESPAÑA

- Responsabilidade total: garantía fronte a danos provenientes de calquera poder público

Como se indica máis adiante, o ordenamento xurídico español garántelle ao cidadán a indemnidade do seu patrimonio fronte a danos provenientes non só dunha administración pública, senón de calquera poder público (incluíndo órganos lexislativos e xudiciais).

- Responsabilidade directa

No ámbito patrimonial, a Administración responde directamente (non subsidiariamente) da

actuación das persoas físicas que a serven, de acordo co artigo 36.1 da Lei 40/2015. Exceptúase o caso da responsabilidade civil derivada de delitos cometidos por autoridades, axentes e contratados desta ou funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos ou funcións, a cal só lle corresponde subsidiariamente, nos termos previstos polo artigo 121 do *Código penal*.

- Responsabilidade obxectiva

Significa que a Administración, en principio, debe responder con independencia de se existiu dolo (vontade deliberada) ou culpa (neglixencia) na produción do dano.

Esta característica constitúe a gran diferenza teórica entre a responsabilidade patrimonial entre particulares e a que ten lugar entre os poderes públicos e estes, pois mentres a normativa civil esixe culpa ou neglixencia para a responsabilidade extracontractual entre particulares, de acordo co artigo 1.902 do *Código civil* ("o que por acción ou omisión causa dano a outro, intervindo culpa ou neglixencia, está obrigado a reparar o dano causado"), a responsabilidade extracontractual das administracións públicas exclúe esta esixencia.

Desta maneira, a responsabilidade das administracións públicas vai configurar, non como unha sanción por un comportamento inadecuado, senón nun mecanismo obxectivo de reparación que se pon en funcionamento cando se produciu unha lesión patrimonial (García de Enterría).

II. LESIÓN DETERMINANTE, SUXEITOS IMPUTABLES E CAUSAS DE IMPUTACIÓN

1. LESIÓN DETERMINANTE

O primeiro presuposto para que xurda a responsabilidade patrimonial da Administración é que o particular sufrise unha lesión en calquera dos seus bens e dereitos que reúna os requisitos esixidos polos apartados 1 e 2 do artigo 32 e o apartado 1 do artigo 34 da Lei 40/2015, é dicir, que se trate dun dano antixurídico, efectivo, avaliable economicamente e individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas.

- *Antixuridicidade*

O artigo 34.1 da Lei 40/2015 establece que “só serán indemnizables as lesións producidas ao particular provenientes de danos que este non teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei”. O mesmo requisito recóllese tamén, pero de maneira negativa, no último inciso do artigo 32.1, que exclúe o dereito á indemnización nos casos de “de danos que o particular teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei”.

Como indican García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, é indiferente se o acto que produce o dano é lícito ou non, pois non é antixurídico pola maneira de producirse. O determinante é que non exista o deber xurídico de soportar o dano, polo que se trata dunha antixuridicidade estritamente obxectiva.

Sinala Santamaría Pastor que o deber xurídico de soportar un dano ou diminución patrimonial pode vir determinado por unha lei (o pagamento dun imposto, ou o absterse de facer algo prohibido), un acto administrativo ditado en aplicación dunha lei (sanción de tráfico), dun contrato (penalidades diarias por incumprimento do prazo de execución), ou mesmo de actividades derivadas de potestades administrativas en casos nos que o ordenamento xurídico non establece claramente un deber para os cidadáns de soportar o devandito dano ou lesión patrimonial (como a peonalización dunha rúa, que pode prexudicar aos comerciantes desta).

García de Enterría e T. R. Fernández engaden que tanto a vinculación do cidadán cos seus actos propios, como sería asumir os riscos voluntariamente aceptados (unha intervención cirúrxica, de acordo cos coñecementos e o estado da técnica, e as circunstancias de lugar e tempo), como a obriga de soportar as cargas xerais da vida individual e colectiva (como a perda de paisaxe resultante da execución dunha obra pública, soportar certos atrasos no funcionamento das administracións públicas, ou os efectos inherentes ou propios da terapia establecida para a súa curación, aínda que poida provocar dor, por exemplo), exclúen a antixuridicidade do dano.

O artigo 34.1 da Lei 40/2015 engade no seu segundo inciso que “non serán indemnizables os danos que se deriven de feitos ou circunstancias que non se puideron prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de

producción daqueles, todo iso sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para estes casos”.

Exemplo desta previsión é a sentenza do Tribunal Supremo do 31 de maio de 1999, relativa a un caso de transfusión de sangue que infectou a unha persoa co virus da hepatitis C, realizada nun momento en que tecnicamente non era posible detectar o virus no plasma sanguíneo.

A carga da proba de que os feitos ou circunstancias dos que se derive o dano non se puideron prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de produción daqueles recae na Administración.

- Efectividade

O artigo 32.2 da Lei 40/2015 esixe que o dano sexa efectivo, o que significa que ten que ser actual e real, non quimérico ou simplemente posible.

No límite entre a efectividade e a irrealidade atopámonos o caso do equipo de fútbol que por culpa do atraso dun transporte público perde as súas opcións reais de xogar un partido e ascender de categoría, caso indemnizable, fronte ao suposto no que unha persoa pide unha indemnización por ser atropelada por unha ambulancia e perder tanto as súas opcións de comprar un décimo de lotería como as súas mínimas opcións de ser premiada, caso non indemnizable.

En todo caso, a carga da proba da efectividade da lesión recae na persoa que a alega.

- Avaliabilidade económica

O artigo 32.2 da Lei 40/2015 tamén esixe que o dano sexa avaliable economicamente, o que debe ser entendido en sentido laxo. En efecto, de acordo co apartado 1 do artigo 34, a lesión indemnizable pode afectarlle a calquera dos bens e dereitos do administrado, o que significa que se inclúen tanto os danos de carácter patrimonial, facilmente avaliables con criterios económicos obxectivos, como os de carácter persoal sen repercusión patrimonial (por exemplo, o falecemento dunha persoa que non tiña ningún ingreso ou a causación de dor, que non provoca ningunha perda patrimonial) e os danos morais (os

relativos a dereitos da personalidade como a honra, a intimidade persoal e familiar e a propia imaxe), cuxa avaliación económica obxectiva é máis complexa, aínda que non imposible.

Así, para a valoración dos danos persoais e morais (o chamado *pretium doloris*), a xurisprudencia recorre a un xuízo estimativo, a unha apreciación conxunta e racional, aínda que non matemática, que ante a ausencia de módulos obxectivos tente traducir a termos monetarios circunstancias complexas e subxectivas (sentenzas do Tribunal Supremo do 27 de novembro de 1993, do 2 de decembro de 1995, do 20 de xullo de 1996, do 5 de xuño de 1997 e do 20 de xaneiro de 1998).

- *Individualización*

Como último requisito da lesión resarcible, o artigo 32.2 esixe que o dano sexa individualizado con relación a unha persoa ou grupo de persoas. Por conseguinte, non dan lugar a responsabilidade patrimonial da Administración os danos que lle afecten á xeneralidade dos cidadáns, como os danos que poida provocar a actividade industrial das administracións públicas sobre a capa de ozono ou o cambio climático (Conde Castelo), ou a suspensión do tráfico rodado por certas rúas dunha cidade durante as festas patronais.

Este requisito da individualización do dano non esixe que este se concrete nunha única persoa, xa que permite que o faga nunha pluralidade determinada de persoas ("un grupo de persoas"), como poderían ser os habitantes dun edificio que ameaza ruína por culpa dunhas obras municipais realizadas nos seus cimentos, ou mesmo as empresas situadas nunha determinada zona.

Como indica Santamaría Pastor, o dato determinante é que ese grupo de persoas sufra un "sacrificio especial", unha ruptura do principio de igualdade ante as cargas públicas.

2. SUXEITOS IMPUTABLES

Desde o punto de vista do suxeito activo, causante da lesión, a responsabilidade pode cualificarse, como fai Santamaría Pastor, e como xa se indicou máis arriba, de total, na medida en que engloba a todos os poderes públicos, incluíndo a:

- As Administracións públicas

Por administracións públicas hai que entender a estes efectos todo o conxunto do sector público ao que se refire o artigo 2.1 da Lei 40/2015, é dicir, as administracións territoriais (Administración xeral do Estado, administracións das comunidades autónomas e entidades que integran a Administración local), actúen en relacións de dereito público ou de dereito privado, e o sector público institucional, con independencia da forma pública ou privada de personificación de cada ente. Neste sentido, o artigo 35 da Lei 40/2015 sinala que cando as administracións públicas actúen, directamente ou a través dunha entidade de dereito privado, en relacións desta natureza, a súa responsabilidade esixirase de conformidade co previsto nos artigos 32 e seguintes, mesmo cando concorra con suxeitos de dereito privado ou a responsabilidade se lle esixa directamente á entidade de dereito privado a través da cal actúe a Administración ou á entidade que cubra a súa responsabilidade.

A responsabilidade das administracións públicas nacerá das accións ou omisións de calquera persoa ao seu servizo, entendendo o concepto de servidor público en sentido amplo, o que inclúe a funcionarios, persoal laboral, persoal eventual (cargos de confianza), e mesmo persoas que desempeñen por calquera título, de forma ocasional ou permanente, funcións públicas, como un cónsul honorario. De acordo co artigo 36.1 da Lei 40/2015, para facer efectiva a responsabilidade patrimonial nestes casos os particulares esixiranlle directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e perdas causados polas autoridades e persoal ao seu servizo, co que non cabe dirixirse contra estes, salvo por vía penal para esixir a responsabilidade civil derivada dun delito que cometesen no exercicio das súas funcións.

García de Enterría e T. R. Fernández inclúen supostos aínda máis extremos, como o do simple xestor oficioso ou de facto, ou o do dano provocado por persoa que se atope baixo a autoridade ou custodia da Administración, como o caso do enfermo mental que se arroxa pola xanela dun hospital, matando a un transeúnte e ferindo gravemente a outro (sentenza do Tribunal Supremo do 12 de marzo de 1975).

Só no caso de que estas persoas causasen o dano en actuacións completamente alleas ás

funcións públicas, a Administración non quedaría imputada.

Tampouco son imputables ás administracións públicas as actuacións de:

- Os contratistas, salvo cando os danos e perdas fosen ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, ou cando os danos se causen a terceiros como consecuencia dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma no contrato de obras ou no de subministración de fabricación (artigo 214 do texto refundido da Lei de contratos do sector público). Nestes casos, os terceiros poderán requirirllle previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, ao órgano de contratación para que este, logo de oír o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción.
- Os concesionarios, salvo que o dano teña a súa orixe nalgunha cláusula imposta pola Administración ao concesionario e que sexa de ineludible cumprimento para este (artigo 121.2 da Lei de expropiación forzosa). Cando se trate de servizos concedidos, a reclamación dirixirase á Administración que lle outorgou a concesión, a cal resolverá tanto sobre a procedencia da indemnización como sobre quen debe pagala. Esta resolución deixará aberta a vía contencioso-administrativa, que poderá utilizar o particular ou o concesionario, se é o caso (artigo 123 da Lei de expropiación forzosa).
- Os profesionais que exercen funcións públicas, como os notarios.

- *Os órganos lexislativos*

A responsabilidade dos órganos lexislativos (Cortes xerais e parlamentos autonómicos) pode derivar:

- Da aprobación de leis, co que estaríamos ante a chamada responsabilidade do estado-lexislador, regulada nos apartados 3, 4, 5 e 6 da Lei 40/2015, que distingue tres supostos nos que a administración correspondente, estatal ou autonómica, haberá de facerse cargo de indemnizar os danos se se cumpren os requisitos especificados en cada caso, ademais dos xerais da responsabilidade patrimonial da

Administración:

- Aplicación de actos legislativos de natureza non expropiatoria de dereitos que os particulares non teñan o deber xurídico de soportar, cando así se estableza nos propios actos legislativos e nos termos que neles se especifiquen.
- Aplicación dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional, cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se alegou a inconstitucionalidade posteriormente declarada. De acordo co artigo 34.1, parágrafo segundo, da Lei 40/2015, só serán indemnizables os danos producidos no prazo dos cinco anos anteriores á data da publicación da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma, salvo que a sentenza dispoña outra cousa.
- Aplicación dunha norma contraria ao dereito da Unión Europea, cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se alegou a infracción do dereito da Unión Europea posteriormente declarada. Como no caso anterior, só serán indemnizables os danos producidos no prazo dos cinco anos anteriores á data da publicación da sentenza que declare o carácter de norma contraria ao dereito da Unión Europea, salvo que a sentenza dispoña outra cousa. Así mesmo, deberán cumprirse todos os requisitos seguintes:
 - A norma debe ter por obxecto conferirlles dereitos aos particulares.
 - O incumprimento debe estar suficientemente caracterizado.
 - Debe existir unha relación de causalidade directa entre o incumprimento da obriga imposta á Administración responsable polo Dereito da Unión Europea e o dano sufrido polos particulares.
- Da súa actividade interna ou doméstica de carácter materialmente administrativo,

como sería un atropelo provocado por un automóbil adscrito ao Congreso dos Deputados.

- Os órganos xudiciais

Dentro do termo Administración de xustiza, de acordo con Melón Muñoz, que recolle a doutrina do Consello de Estado e Tribunal Supremo, hai que entender incluída a actividade de xuíces e maxistrados, servizos esencialmente unidos ao funcionamento da xustiza (secretarios, oficiais, auxiliares e axentes), institucións penais, órganos de goberno do Poder Xudicial (en canto a cuestións procesuais e de desenvolvemento lexislativo), o Ministerio Fiscal, o Tribunal de Contas, os tribunais consuetudinarios (Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia, integrado no Consello Xeral do Poder Xudicial), a policía xudicial (en caso de dependencia funcional de xuíces e fiscais), xurisdición voluntaria (deslindamentos), e peritos xudiciais (incluídos médicos forenses).

Tal como sinala o artigo 32.7 da Lei 40/2015, a responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento da Administración de Xustiza rexerase pola Lei orgánica do Poder Xudicial (artigos 292 a 297).

Pola súa banda, o apartado 8 do artigo 32 regula o caso especial da responsabilidade patrimonial derivada do funcionamento anormal do Tribunal Constitucional. Segundo este precepto, o Consello de Ministros fixará o importe das indemnizacións que proceda aboar cando o Tribunal Constitucional declarase, a instancia de parte interesada, a existencia dun funcionamento anormal na tramitación dos recursos de amparo ou das cuestións de inconstitucionalidade. O procedemento para fixar o importe das indemnizacións tramitarase polo Ministerio de Xustiza, con audiencia ao Consello de Estado.

3. CAUSAS DE IMPUTACIÓN

O artigo 32.1 da Lei 40/2015 sinala que os particulares terán dereito a ser indemnizados polas administracións públicas correspondentes de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

- *Tipos de actividade danoso*

O termo “servizo público” debe entenderse aquí en sentido amplo, considerándose indemnizables os danos causados por calquera tipo de actividade da Administración, o que inclúe, como sinala Parada Vázquez:

- A actividade do servizo público en sentido estrito, é dicir, a prestacional.
- A actividade de policía ou limitación.
- A actividade sancionadora.
- A actividade arbitral.
- A actividade de fomento, cando favoreza a uns administrados en detrimento doutros.

A actividade danosa pode derivar dunha acción ou omisión, sendo exemplos desta última o incumprimento de deberes de inspección urbanística por parte da Administración, ou o abandono de autoridade, ao non impedir a invasión dunha concesión marisqueira. O simple atraso na tramitación de expedientes non xera responsabilidade, salvo que a tardanza sexa totalmente desproporcionada (como a de catro anos en resolver un recurso de alzada contra unha sanción que privaba ao interesado dun carné profesional necesario para exercer a súa actividade).

Formalmente, de acordo con Santamaría Pastor, a responsabilidade pode derivar:

- Da simple emisión de normas regulamentarias, aínda que en marxes moi estreitas, por dous motivos:
 - Os regulamentos son normas que crean deberes xurídicos, polo que se eliminaría a antixuridicidade do prexuízo, a condición de que eses deberes proveñan dunha norma superior (unha lei), e non do mesmo regulamento.
 - A xeneralidade do regulamento impide que o dano se poida circunscribir a un “grupo de persoas”. Tería que tratarse dun regulamento cun ámbito de destinatarios moi reducido e perfectamente identificable.

- De actos administrativos formais (como unha sanción de tráfico ou a expropiación dun ben). Tanto neste caso como no anterior debe terse en conta que, tal como advirte o artigo 32.1, parágrafo segundo, da Lei 40/2015, a anulación en vía administrativa ou pola orde xurisdiccional contencioso-administrativa dos actos ou disposicións administrativas non presupón, por si mesma, dereito á indemnización, e de feito, a xurisprudencia, ademais dos requisitos xerais da responsabilidade patrimonial da Administración, adoita esixir nestes supostos que o vicio do acto ou disposición que conduce á súa anulación sexa especialmente cualificado.

- De actuacións materiais, que transformen a realidade física.

- A inactividade da Administración, consistente na omisión dos deberes de actuar que impón o ordenamento xurídico, como o incumprimento de deberes de inspección urbanística por parte da Administración, a non reparación de fochancas na estrada, a morte dun enfermo por falta de asistencia do persoal dun hospital, ou o abandono de autoridade, ao non impedir a invasión dunha concesión marisqueira. Como se dixo, o simple atraso na tramitación de expedientes non xera responsabilidade, salvo que a tardanza sexa totalmente desproporcionada.

- Funcionamento anormal e funcionamento normal dos servizos públicos

Por funcionamento anormal dos servizos públicos hai que entender que a Administración actuou de forma incorrecta tecnicamente, de acordo con estándares medios de eficacia que, a falta de maior criterio obxectivo, son determinados empírica e casuisticamente pola xurisprudencia.

Funcionamento anormal en ningún caso significa que a actuación se realizase con dolo ou culpa por parte do autor do dano, nin que a actuación sexa ilegal, ilícita ou ilexítima, xa que, como antes se dixo, a diferenza da regulación xenérica da responsabilidade extracontractual no *Código civil*, a responsabilidade extracontractual das administracións públicas é obxectiva, e non require dolo ou culpa do causante do dano.

Con respecto ao funcionamento normal, Parada Vázquez e Santamaría Pastor coinciden ao relacionalo con supostos de responsabilidade por risco, é dicir, os derivados da mera

existencia da actividade administrativa, de cuxas consecuencias danosas debe responder, como sería o caso da sentenza do Tribunal Supremo do 14 de xuño de 1991, na que se condena a Administración a pesar de que non se aprecia anormalidade no funcionamento do hospital nin falta algunha no cirurxián pola morte dun paciente nunha operación cirúrxica.

Incluiríase tamén nestes suposto os danos causados por caso fortuíto, que se diferencia da forza maior en que, ademais de ser indeterminado –en canto a que se ignora a causa do accidente produtor da lesión–, o dano está directamente conectado co funcionamento da Administración, como a explosión imprevisible do motor dun vehículo da Administración en plena rúa, o estalido repentino dunha bombona de osíxeno nun hospital, ou mesmo a “mala sorte” derivada da decisión do cirurxián “de atender prioritariamente ao aneurisma ao lado dereito no canto do esquerdo, opción lexítima desde as regras das *lex artis*, pero que resultou a posteriori e no ámbito da experiencia desacertada” (sentenza do Tribunal Supremo do 14 de xuño de 1991).

Pola súa banda, a forza maior (que exclúe, de acordo cos artigos 106.2 da Constitución e 32.1 da Lei 40/2015, a responsabilidade da Administración), aínda que puidese ser prevista, é inevitable, insuperable e irresistible, e, sobre todo, ten unha orixe externa e estraña á actividade da Administración, como podería ser un terremoto, maremoto ou erupción volcánica. A carga da proba da concorrencia da forza maior recae na Administración (sentenza do Tribunal Supremo do 7 de decembro de 1981).

Santamaría Pastor tamén inclúe entre estes supostos de funcionamento normal os de responsabilidade por enriquecemento inxusto ou sen título da Administración. Son casos nos que a Administración obtén unha vantaxe á vez que outra persoa sofre por iso un dano ou diminución patrimonial (como na construción en exceso que puidese realizar un contratista a favor da Administración fóra dos estritos termos do contrato).

4. RELACIÓN DE CAUSALIDADE

Como xa se dixo, o artigo 32.1 da Lei 40/2015 establece que a lesión indemnizable debe ser consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

O problema da relación de causalidade radica en que comunmente á produción dun resultado lesivo determinado poden contribuír varias causas, o que levou á xurisprudencia para seguir certas teorías, como a da causalidade exclusiva (que só facía responsable á Administración cando o dano se debeu á exclusiva intervención da Administración), equivalencia das condicións (que igualaba a todas as causas e permitía que se impuxese a obriga de indemnizar ao autor de calquera delas) e a da causalidade adecuada (pola que se seleccionaba unha das causas, por si soa idónea para producir o dano, e se esa causa era a da Administración, a ela se obrigaba a responder).

Sinalan García de Enterría e T. R. Fernández que o xuíz ten que deslindar entre o poder causal de cada feito e asignar a cada causa unha parte do dano, e a cada axente unha parte da indemnización correspondente. A dificultade da tarefa fai que a xurisprudencia española e a estranxeira renunciem a calquera intento de categorización e se limite a resolver caso por caso, con certa flexibilidade.

Ademais da intervención dunha causa estraña, como é a forza maior, que xa se comentou anteriormente, a doutrina fala doutros supostos en que a relación de causalidade vese perturbada en maior ou menor medida:

- Conduta culposa da vítima. En principio, non supón exoneración total de responsabilidade da Administración, pero si unha prudente moderación desta, producíndose unha compensación de culpas (sentenzas do Tribunal Supremo do 23 de novembro de 1993, do 18 de novembro de 1994 e do 4 de outubro de 1995).

Se a pesar de que a vítima actuou de forma culposa (non se detivo nun control de estrada), a Administración actuou de forma desproporcionada (abateu a tiros aos ocupantes do coche), atribúeselle á Administración a obriga de indemnizar integramente.

Con todo, a responsabilidade da Administración queda excluída cando concorrese intencionalidade ou grave neglixencia da vítima (sentenza do Tribunal Supremo do 5 de decembro de 1997).

- Intervención dun terceiro. Sinala Santamaría Pastor que a intervención do terceiro

non rompe o nexo causal, e a xurisprudencia imponse á Administración integramente o deber de indemnizar (sobre todo en casos de difícil identificación do terceiro), aceptándose unha solidariedade tácita entre os distintos causantes do dano.

- Concorrenza de varias administracións. Estes supostos están detalladamente regulados no artigo 33 da Lei 40/2015, que distingue dúas posibilidades:

- Cando da xestión dimanante de fórmulas conxuntas de actuación entre varias administracións públicas se derive responsabilidade nos termos previstos na lei, as administracións intervenientes responderán fronte ao particular, en todo caso, de forma solidaria. O instrumento xurídico regulador da actuación conxunta poderá determinar a distribución da responsabilidade entre as diferentes administracións públicas.

A Administración competente para incoar, instruír e resolver os procedementos de responsabilidade patrimonial será a fixada nos estatutos ou regras da organización colexiada. Na súa falta, a competencia viralle atribuída á Administración pública con maior participación no financiamento do servizo. A administración pública competente deberá consultar as restantes administracións implicadas para que, no prazo de quince días, estas poidan expoñer canto consideren procedente.

- Noutros supostos de concorrencia de varias administracións na produción do dano, a responsabilidade fixarase para cada Administración atendendo aos criterios de competencia, interese público tutelado e intensidade da intervención. A responsabilidade será solidaria cando non sexa posible a dita determinación.

III. A EXTENSIÓN DA REPARACIÓN

1. O PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

A indemnización debe supoñer unha reparación integral de todos os danos e perdas causados pola actuación administrativa, incluíndo tanto o dano emerxente (valor da perda

sufrida ou dos bens destruídos ou prexudicados) como o lucro cesante (ganancia deixada de obter, sempre que resulte probada e non sexa expresión de desexos infundados; sentenzas do Tribunal Supremo do 22 de novembro de 1985 e do 5 de decembro de 1997).

2. CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN

O artigo 34.2 da Lei 40/2015 establece que a indemnización se calculará de acordo cos criterios de valoración establecidos na lexislación fiscal, de expropiación forzosa e demais normas aplicables, ponderándose, se é o caso, as valoracións predominantes no mercado. Agora ben, como estes criterios só lles son aplicables aos danos ocasionados en bens ou dereitos de natureza patrimonial, o precepto engade que nos casos de morte ou lesións corporais poderase tomar como referencia a valoración incluída nos baremos da normativa vixente en materia de seguros obrigatorios e da Seguridade Social, o que constitúe unha simple indicación para os órganos competentes para fixar a indemnización, que dispoñen dunha ampla marxe de valoración nestes supostos.

3. DATA DE VALORACIÓN DO PREXUÍZO

De acordo co artigo 34.3 da Lei 40/2015, a contía da indemnización calcularase con referencia ao día en que a lesión efectivamente se produciu, sen prexuízo da súa actualización á data en que se poña fin ao procedemento de responsabilidade de acordo co Índice de Garantía da Competitividade, fixado polo Instituto Nacional de Estatística, e dos xuros que procedan por mora no pagamento da indemnización fixada, os cales se esixirán de acordo co establecido na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, ou, se é o caso, ás normas orzamentarias das comunidades autónomas.

En caso de proceso contencioso-administrativo, debe computarse todo o tempo que dure, para os efectos da actualización da contía e do cómputo de xuros.

4. MODALIDADES DE INDEMNIZACIÓN

A persoa que sofre a lesión ten dereito a ser indemnizada en metálico e nun só pagamento, pero o artigo 34.4 da Lei 40/2015 permite que a indemnización procedente sexa substituída por unha compensación en especie ou sexa aboada mediante

pagamentos periódicos, sempre que se cumpran tres requisitos:

- Que resulte máis adecuado para lograr a reparación debida.
- Que conveña ao interese público.
- Que exista acordo co interesado.

IV. A ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE

1. PRAZO PARA RECLAMAR

De acordo co artigo 67.1 da Lei 39/2015, o dereito para reclamar as responsabilidade patrimonial da Administración prescribirá ao ano. Este prazo, que, como se ve, é de prescrición e, polo tanto, admite interrupción, empézase a computar:

- Con carácter xeral, desde que se produce 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, desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas.
- Nos casos en que proceda recoñecer o dereito á indemnización por anulación en vía administrativa ou contencioso-administrativa dun acto ou disposición de carácter xeral, desde a notificación da resolución administrativa ou a sentenza definitiva.
- Nos casos de responsabilidade patrimonial do lexislador a que se refire o artigo 32, apartados 4 e 5, da Lei 40/2015, desde a 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.

2. PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN

- Necesidade de reclamación administrativa como regra xeral

Salvo nos casos en que é posible reclamar directamente a responsabilidade patrimonial das administracións públicas ante a orde xurisdiccional contenciosa-administrativa, que logo se verán, a regra xeral é que hai que esixir primeiramente a reparación á Administración causante da lesión, a través dun procedemento administrativo específico que na actualidade se regula na Lei 39/2015 a través da previsión de especialidades no procedemento administrativo común.

- Iniciación

A iniciación do procedemento pódese producir de oficio ou a solicitude do interesado.

No primeiro caso, de acordo co artigo 65.1 da Lei 39/2015, será necesario que non prescribise o dereito á reclamación do interesado. Se a iniciación de oficio se produce a petición razoada dun órgano distinto ao competente, o artigo 61.4 matiza que a dita 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 fose posible, e o momento en que a lesión efectivamente se producise.

O acordo de iniciación do procedemento notificaráselles aos particulares presuntamente lesionados, concedéndolles 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 se acudan no prazo establecido (artigo 65.2 da Lei 39/2015).

En canto á iniciación a solicitude do interesado, o artigo 67.2 da Lei 39/2015 especifica que neste tipo de solicitudes 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, e o momento en que a lesión efectivamente se produciu. Ademais, as solicitudes irán acompañadas de cantas alegacións, documentos e informacións se estimen oportunos e da proposición de proba,

concretándose os medios de que pretenda valerse o reclamante.

- Instrución

De acordo co artigo 81.1 da Lei 39/2015, a instrución dos procedementos de responsabilidade patrimonial da Administración inclúe como trámite preceptivo a solicitude de informe ao servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable, non podendo exceder de dez días o prazo da súa emisión.

Engade o apartado 2 do artigo 81 que, 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 un ditame do Consello de Estado ou, se é o caso, do órgano consultivo da comunidade autónoma.

No caso da comunidade autónoma de Galicia, as contías que establece o artigo 12.j) da Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia, para que sexa preceptivo o ditame deste órgano son máis de 30.000 euros para a Administración autonómica e máis de 15.000 euros para as administracións locais.

O órgano instrutor, no prazo de dez días a contar desde a finalización do trámite de audiencia, remitiralle ao órgano competente para solicitar o ditame unha proposta de resolución, que se axustará ao previsto no artigo 91 da Lei 39/2015, ou, se é o caso, a proposta de acordo polo que se podería terminar convencionalmente o procedemento.

O ditame emitirase no prazo de dous meses e deberá pronunciarse sobre a existencia ou non de relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión producida e, se é o caso, sobre a valoración do dano causado e a contía e modo da indemnización de acordo cos criterios establecidos na Lei 40/2015.

Ao anterior hai que sumarlle as seguintes especialidades:

- No caso de responsabilidade concorrente derivada da xestión dimanante de fórmulas conxuntas de actuación entre varias administracións públicas, a administración competente para incoar, instruír e resolver os procedementos

deberá consultarles ás restantes administracións implicadas para que, no prazo de quince días, estas poidan expoñer canto consideren procedente (artigo 33.4 da Lei 39/2015).

- 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 evacuado 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, e non poderá exceder devandito prazo dos citados dous meses (artigo 81.3 da Lei 39/2015).

- Nos procedementos de responsabilidade patrimonial aos que se refire o artigo 32.9 da Lei 40/2015, é dicir, os relativos á responsabilidade das administracións públicas polos danos e perdas 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, será necesario en todo caso darlle audiencia ao contratista, e notificarlle cantas actuacións se realicen no procedemento, para o efecto de que se presente nel, expoña o que ao seu dereito lle conveña e propoña cuantos medios de proba estime necesarios (artigo 82.5 da Lei 39/2015).

- Terminación

Nos procedemento de responsabilidade patrimonial da Administración admítase a terminación convencional. Para este respecto, o artigo 86.5 da Lei 39/2015 precisa que o acordo alcanzado entre as partes deberá fixar a contía e modo de indemnización de acordo cos criterios que para calculala e aboala establece o artigo 34 da Lei 40/2015.

Sinala o artigo 91.1 da Lei 39/2015, unha vez recibido, se é o caso, o ditame ao 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 estimase procedente formalizar a proposta de terminación convencional, o órgano competente resolverá nos termos previstos no apartado seguinte.

A competencia para ditar a correspondente resolución vén establecida en artigo 92 da Lei 39/2015:

- 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 40/2015 (responsabilidade do estado lexislador).
- No ámbito autonómico e local, os procedementos de responsabilidade patrimonial resolveranse polos órganos correspondentes das comunidades autónomas ou das entidades que integran a Administración local.
 - No caso da Administración xeral da Comunidade autónoma de Galicia, o artigo 5 da Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade Autónoma de Galicia á Lei 4/1999, atribúelle a competencia ao conselleiro respectivo, salvo que unha lei especial lle atribúa a competencia ao Consello da Xunta.
 - No caso dos municipios e provincias, a competencia correspóndelle ao alcalde ou ao presidente da deputación, en virtude da cláusula residual de competencia recollida nos artigos 21.1.s), 34.1.ou) e 124.4.ñ) da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.
- No caso das entidades de dereito público, as normas que determinen o seu réxime xurídico poderán establecer os órganos a quen corresponde a resolución dos procedementos de responsabilidade patrimonial e, na súa falta, aplicaranse as normas previstas no artigo 92 da Lei 39/2015. Para os organismos autónomos ou entes de dereito público do sector público autonómico de Galicia, o artigo 5 da Lei 6/2001 antes citado establece que será competente o titular da consellería á que estean adscritos, salvo que a súa lei de creación dispoña outra cousa.

En canto ao contido da resolución, o artigo 91 da Lei 39/2015 dispón que, 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 é o caso, sobre a valoración do dano causado, a contía e o modo da indemnización, cando cumpra, de acordo cos criterios que para calculala e aboala se establecen no artigo 34 da Lei 40/2015.

O prazo máximo para ditar e notificar a resolución (ou, se é o caso, para formalizar o acordo substitutivo desta)/desta) é de seis meses, sendo o sentido do silencio desestimatorio, segundo establecen tanto o artigo 91.3 como o artigo 24.1, parágrafo segundo, da Lei 39/2015.

A resolución ponlle fin á vía administrativa (artigo 114.1.e) da Lei 39/2015).

3. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DO PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN

A tramitación simplificada do procedemento administrativo común, prevista no artigo 96 da Lei 39/2015, é tamén aplicable aos procedementos en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas. Dispón o apartado 4 do artigo que, 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.

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 lle notifique ao interesado o acordo de tramitación simplificada do procedemento, e constarán unicamente dos seguintes trámites:

- Inicio do procedemento de oficio ou a solicitude do interesado.
- Corrección da solicitude presentada, se é o caso.
- Alegacións formuladas ao comezo do procedemento durante o prazo de cinco días.

- Trámite de audiencia, unicamente cando a resolución vaia a ser desfavorable para o interesado.
- Informe do servizo xurídico, cando este sexa preceptivo.
- Informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, cando este sexa preceptivo.
- 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 lle 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 de acordo coa 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.

- Resolución.

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS AUTORIDADES E PERSOAL AO SERVIZO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

Como xa se dixo máis atrás, o artigo 36.1 da Lei 40/2015 obrígalles aos particulares para esixirllle directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e perdas causados polas autoridades e persoal ao seu servizo.

Agora ben, o apartado 2 do artigo engade que a Administración correspondente, cando indemnizase os lesionados, esixirá de oficio en vía administrativa das súas autoridades e

demais persoal ao seu servizo a responsabilidade en que incorresen por dolo, ou culpa ou negligencia graves, logo da instrución do correspondente procedemento. Como se pode observar, este tipo de responsabilidade das autoridades e dos empregados públicos non só non é obxectiva, senón que se esixe un elemento subxectivo especialmente cualificado: a intencionalidade (dolo) ou a culpa ou negligencia graves, o que exclúe a posibilidade de repetir contra a autoridade ou empregado nos supostos de negligencias leves.

Para a esixencia da devandita responsabilidade e, se é o caso, para a súa cuantificación, ponderaranse, entre outros, os seguintes criterios: 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.

Segundo o apartado 3 do artigo 36, a Administración instruíralles igual procedemento ás autoridades e demais persoal ao seu servizo polos danos e perdas causados nos seus bens ou dereitos, tamén cando concorrese dolo, ou culpa ou negligencia graves.

O procedemento en cuestión iniciárase sempre de oficio por acordo do órgano competente, que se lles notificará aos interesados, e constará, polo menos, dos seguintes trámites:

- Alegacións durante un prazo de quince días.
- Práctica das probas admitidas e calquera outras que o órgano competente estime oportunas durante un prazo de quince días.
- Audiencia durante un prazo de dez días.
- Formulación da proposta de resolución nun prazo de cinco días a contar desde a finalización do trámite de audiencia.
- Resolución polo órgano competente no prazo de cinco días.

A resolución declaratoria de responsabilidade poñerá fin á vía administrativa.

Por último, o apartado 6 do artigo 36 da Lei 40/2015 advirte que todo o anterior se entenderá sen prexuízo de pasarlles, se procede, o tanto de culpa aos tribunais

competentes. Neste sentido, o artigo 37 establece que a responsabilidade penal do persoal ao servizo das administracións públicas, así como a responsabilidade civil derivada do delito, esixirase de acordo co previsto na lexislación correspondente. A esixencia deste tipo de responsabilidade non suspenderá os procedementos de recoñecemento de responsabilidade patrimonial que se instrúan, salvo que a determinación dos feitos na orde xurisdiccional penal sexa necesaria para a fixación da responsabilidade patrimonial

5. A ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE EN VÍA XURISDICCIONAL

- Competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa

Aínda que durante longo tempo foi unha cuestión moi controvertida, na actualidade a lexislación procesual deixa claro que a competencia para coñecer dos litixios relativos á responsabilidade patrimonial da Administración correspóndelle exclusivamente á orde xurisdiccional contenciosa-administrativa, coa única excepción, xa apuntada, da responsabilidade civil derivada de delito.

Así, de acordo co artigo 9.4, parágrafos segundo e terceiro, da Lei orgánica do Poder xudicial, os xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa coñecerán das pretensións que se deduzan en relación coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ao seu servizo, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que se derive. Se á produción do dano concorresen suxeitos privados, o demandante deducirá tamén fronte a eles a súa pretensión ante esta orde xurisdiccional. Igualmente coñecerán das reclamacións de responsabilidade cando o interesado accione directamente contra a aseguradora da Administración, xunto á administración respectiva. Tamén será competente esta orde xurisdiccional se as demandas de responsabilidade patrimonial se dirixen, ademais, contra as persoas ou entidades públicas ou privadas indirectamente responsables daquelas.

Pola súa banda, o artigo 2.e) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición contencioso-administrativa, reafirma que a orde xurisdiccional contenciosa-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación coa responsabilidade patrimonial das administracións públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes

xurisdicionais civil ou social, aínda cando na produción do dano concorran con particulares ou contén un seguro de responsabilidade.

- *Reclamación directa da responsabilidade patrimonial das administracións públicas en vía xurisdiccional*

Aínda que, como xa se dixo, a regra xeral é que resulta preceptivo exercitar a acción de responsabilidade por vía administrativa, a través do procedemento recollido na Lei 39/2015, a Lei da Xurisdición contencioso-administrativa contempla excepcións. Así, o seu artigo 31.2 permite acumular nas demandas á pretensión de que se declare non ser conformes a dereito e, se é o caso, a anulación dos actos e disposicións susceptibles de impugnación, o recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción das medidas adecuadas para o seu pleno restablecemento, citando expresamente entre elas a indemnización dos danos e perdas, cando cumpra. O mesmo prevese para o caso de impugnación de actuacións materiais constitutivas de vía de feito no artigo 32.2.

Por conseguinte, nestes supostos o administrado pode elixir entre pedir na demanda a anulación do acto ou a disposición e ao mesmo tempo a indemnización de danos e perdas, sen reclamación administrativa previa, ou esperar a obter a sentenza definitiva anulatoria do acto ou disposición, e logo presentar a reclamación de responsabilidade patrimonial por vía administrativa no prazo dun ano desde a notificación daquela (artigo 67.1, parágrafo segundo, da Lei 39/2015).

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, II, 14.^a edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. e CARRILLO DONAIRE, J. A. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 1.^a edición, Valladolid, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, II, 3.^a edición, Iustel, Madrid, 2015.

TEMA 20

**A XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA: NATUREZA, EXTENSIÓN E
LÍMITES. ÓRGANOS E COMPETENCIAS.
CAPACIDADE PROCESUAL, LEXITIMACIÓN,
REPRESENTACIÓN E DEFENSA. ACTOS
IMPUGNABLES.**

TEMA 20. A XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATUREZA, EXTENSIÓN E LÍMITES. ÓRGANOS E COMPETENCIAS. CAPACIDADE PROCESUAL, LEXITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN E DEFENSA. ACTOS IMPUGNABLES.

I. A XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATUREZA, EXTENSIÓN E LÍMITES.

1. Introducción

A orde xurisdiccional contencioso-administrativa constitúe a garantía xudicial específica da protección dos dereitos do cidadán fronte á actuación dos poderes públicos e da conformidade do seu actuar á lei e ao dereito. Correspóndelle, por mandato constitucional, o control da potestade regulamentaria e da legalidade da actuación administrativa (artigo 106.1 da Constitución española de 1978), que se exerce a través dos xulgados e tribunais determinados na lei, a quen corresponde xulgar e executar o xulgado (artigo 117.3 do texto constitucional).

En España rexe a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (LXCA), tributaria da anterior de 1956, cuxa calidade técnica foi unanimemente recoñecida. Aínda que precursora dalgúns principios democráticos que logo recollería a Constitución española de 1978, a Lei de 1956 era tributaria do tempo histórico en que foi ditada; non obstante, e como consecuencia dunha interpretación progresiva pola doutrina e a práctica xudicial e as reformas puntuais no seu articulado, logrouse que o seu texto estivese vixente durante dúas décadas da etapa constitucional. Malia isto, existían razóns obxectivas que impulsaban a súa reforma. Por unha parte, era necesario adaptar o sistema de xustiza administrativa ao marco constitucional, no que se proclama como dereito fundamental o da tutela xudicial efectiva e se produce un transcendental cambio na estrutura territorial do Estado, agora profundamente descentralizado, que repercute na organización e planta xudicial. Por outra parte, a reforma procesual do contencioso tivo os seus principais motores en circunstancias alleas ao estrito texto da lei e que se relacionaban cunha situación de bloqueo da xustiza administrativa ante unha saturación de asuntos que provocaba atrasos e dilacións extremas na resolución das causas, que poñía en gravísimo risco a *eficacia social* da xurisdición e a propia tutela xudicial efectiva proclamada no artigo 24 da Constitución. As medidas incorporadas á lei

non resultaron, malia o esforzo, suficientes para cambiar a grave situación de conxestión da xustiza.

A xurisdición contencioso-administrativa organízase a través de cinco tipos de órganos que admiten unha dobre clasificación: polo seu ámbito territorial, tres de ámbito estatal e dous de ámbito inferior; pola súa composición, tres de natureza colexiada e dous unipersoais. Trátase dos xulgados do contencioso-administrativo, as salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de Xustiza, os xulgados centrais do contencioso-administrativo, a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo. O capítulo II do título I da LXCA (artigos 6 a 13) regula as competencias de cada un destes órganos.

2. Natureza

O ordenamento xurídico español recoñece un sistema de control da actuación administrativa *xudicial*, *ordinario* e *especializado*. A primeira nota –*carácter xudicial*– significa que corresponde o control a xuíces e tribunais pertencentes ao Poder Xudicial (artigo 117.3 CE). A segunda –*natureza ordinaria*– significa que a contencioso-administrativa constitúe unha das proxeccións da xustiza ordinaria, en contraposición ás xurisdicións especiais, limitadas na nosa Constitución ao ámbito militar en virtude do principio de unidade xurisdiccional (artigo 117.5 CE). A terceira nota –*carácter especializado*– fai referencia á específica formación na materia administrativa dos titulares dos órganos xudiciais do contencioso-administrativo.

A xurisdición que se exerce na orde contencioso-administrativa é *plena*. Con esta expresión pretende pórse de relevo que non se limita á revisión xudicial de actos administrativos (o tradicional carácter *revisor* da xurisdición contencioso-administrativa), senón que ante os xuíces e tribunais do contencioso-administrativo poden formularse pretensións para obter xustiza fronte a calquera comportamento ilícito da Administración. A Exposición de Motivos da lei é moi clara neste punto: “O que realmente importa e o que xustifica a existencia da propia xurisdición contencioso-administrativa é asegurar, en beneficio dos interesados e do interese xeral, o exacto sometemento da Administración ao dereito en todas as actuacións que realiza na súa condición de poder público e en uso das prerrogativas que como tal lle corresponde. Non toda a actuación administrativa, como é

notorio, se expresa a través de regulamentos, actos administrativos ou contratos públicos, senón que a actividade prestacional, as actividades negociables de diverso tipo, as actuacións materiais, as inactividades ou omisións de actuacións debidas expresan tamén a vontade da Administración, que debe estar sometida en todo caso ao imperio da lei (...) Por iso a nova lei somete a control da xurisdición a actividade da Administración pública de calquera clase que estea suxeita ao dereito administrativo, articulando para isto as accións procesuais oportunas". Trátase de "superar a tradicional e restrinxida concepción do recurso contencioso-administrativo como unha revisión xudicial de actos administrativos previos, é dicir, como un recurso ao acto, e de abrir definitivamente as portas para obter xustiza fronte a calquera comportamento ilícito da Administración" (II).

3. Extensión e límites

A extensión da xurisdición contencioso-administrativa delimitase legalmente nos artigos 1 a 5 da LXCA, reunidos no capítulo I do título I, "Ámbito". SANTAMARÍA PASTOR sistematiza estes cinco artigos de acordo co seguinte esquema: a LXCA contén unha cláusula xeral de competencia (a), criterios subxectivos (b) e obxectivos (c) de delimitación da competencia e unha lista de materias excluídas (d).

a) A cláusula xeral de competencia:

Con carácter xeral, o artigo 1 LXCA determina que:

"1. Os xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa coñecerán das pretensións que se deduzan en relación coa actuación das administracións públicas suxeita ao dereito administrativo, coas disposicións xerais de rango inferior á lei e cos decretos lexislativos cando excedan os límites da delegación".

b) Criterios subxectivos de delimitación da competencia:

A LXCA establece cinco criterios subxectivos que completan a cláusula xeral establecida no artigo 1.1. Seguindo, como se dixo, a sistemática de SANTAMARÍA PASTOR, estes criterios son os que se expoñen a continuación.

1º) A xurisdición contencioso-administrativa coñece das pretensións que se deduzan en relación coa actuación das *administracións públicas* suxeita ao dereito administrativo.

Centrándonos no aspecto "subxectivo", é preciso sinalar que a LXCA actualizou o concepto

de “Administración pública” para os efectos desta lei. Así, o artigo 1.2 sinala:

“Entenderase, para estes efectos, por administracións públicas:

- a) A Administración xeral do Estado.
- b) As administracións das comunidades autónomas.
- c) As entidades que integran a Administración local.
- d) As entidades de dereito público que sexan dependentes ou estean vinculadas ao Estado, as comunidades autónomas ou as entidades locais”.

2º) A xurisdición contencioso-administrativa coñece das pretensións que se deduzan en relación coa actividade dos *órganos constitucionais, xudiciais e electorais*.

A teor do artigo 1.3:

“Coñecerán tamén das pretensións que se deduzan en relación:

- a) Cos actos e disposicións en materia de persoal, administración e xestión patrimonial suxeitos ao dereito público adoptados polos órganos competentes do Congreso dos Deputados, do Senado, do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas e do Defensor do Pobo, así como das asembleas lexislativas das comunidades autónomas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Defensor do Pobo.
- b) Cos actos e disposicións do Consello Xeral do Poder Xudicial e a actividade administrativa dos órganos de goberno dos xulgados e tribunais, nos termos da Lei orgánica do poder xudicial.
- c) Coa actuación da Administración electoral, nos termos previstos na Lei orgánica do réxime electoral xeral”.

3º) A xurisdición contencioso-administrativa coñecerá dos *actos de Goberno*, nos termos previstos no artigo 2.a) da LXCA:

“A orde xurisdicional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación:

- a) Coa protección xurisdicional dos dereitos fundamentais, os elementos regulados

e a determinación das indemnizacións que sexan procedentes, todo isto en relación cos actos do Goberno ou dos consellos de Goberno das comunidades autónomas, calquera que sexa a natureza dos ditos actos”.

4º) A xurisdición contencioso-administrativa coñece das cuestións que se susciten en relación coas *Corporacións de Dereito Público*. A teor do artigo 2.c) da LXCA:

“A orde xurisdicional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación:

c) Cos actos e disposicións das corporacións de dereito público, adoptados no exercicio de funcións públicas”.

5º) A xurisdición contencioso-administrativa coñece das cuestións que se susciten en relación coa actividade xurídico-pública dos *concesionarios*, á cal se refire o artigo 2.d) LXCA:

“A orde xurisdicional contencioso-administrativa coñecerá das cuestións que se susciten en relación:

d) Cos actos administrativos de control ou fiscalización ditados pola Administración concedente, respecto dos ditados polos concesionarios dos servizos públicos que impliquen o exercicio de potestades administrativas conferidas a eles, así como os actos dos propios concesionarios cando se poida recorrer contra eles directamente ante esta orde xurisdicional de conformidade coa lexislación sectorial correspondente”.

c) Criterios obxectivos de delimitación da competencia:

A LXCA completa a cláusula xeral cun conxunto de preceptos que atribúen de modo expreso o coñecemento de catro cuestións ou materias á xurisdición contencioso-administrativa.

1º) As *disposicións de rango inferior á lei* e os *decretos lexislativos* cando excedan os límites da delegación, a que se refire o artigo 1.1 LXCA.

Na expresión de “disposicións de rango inferior á lei” deben comprenderse todas as normas regulamentarias, por exixencia do artigo 106.1 da Constitución, xa citado. É, por

tanto, indiferente, o seu rango, o seu contido material e a súa orixe.

A inclusión dos decretos legislativos provén do artigo 82.6 da CE, que salva expresamente o control dos tribunais, e debe entenderse referida exclusivamente aos excesos da delegación, é dicir, a aquela parte da regulación que incumpra, material ou formalmente, a delegación outorgada polo Parlamento. E todo o demais, o decreto legislativo, pola súa forza de lei, deberá ser fiscalizado polo Tribunal Constitucional.

2º) Os *contratos administrativos* e os *actos de preparación e adxudicación dos demais contratos suxeitos á lexislación de contratación das administracións públicas*, de acordo co artigo 2.b) LXCA.

Con esta previsión están dentro do ámbito da xurisdición contencioso-administrativa, ademais dos contratos administrativos, os chamados “actos separables” doutros contratos recollidos na Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

3º) A *responsabilidade patrimonial* das administracións públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive, non podendo ser demandadas aquelas por este motivo ante as ordes xurisdicionais civil ou social, aínda cando na produción do dano concorran con particulares ou contén cun seguro de responsabilidade, de acordo co artigo 2.e) LXCA (na versión dada pola disposición adicional 14 da Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, respecto á concorrencia con particulares ou á existencia de seguros de responsabilidade).

4º) As restantes materias que lle atribúa expresamente unha lei. Con esta cláusula de peche déixase aberta a atribución á decisión do lexislador. A propia LXCA concretou algún suposto, como o das *autorizacións para entrada en domicilios*, cuxa competencia corresponde aos xulgados do contencioso-administrativo, en virtude do artigo 8.6 LXCA.

d) As materias excluídas:

De acordo co artigo 3 da LXCA:

“Non lle corresponden á orde xurisdicional contencioso-administrativa:

a) As cuestións expresamente atribuídas ás ordes xurisdicionais civil, penal e social, aínda que estean relacionadas coa actividade da Administración pública.

- b) O recurso contencioso-disciplinario militar.
- c) Os conflitos de xurisdición entre os xulgados e tribunais e a Administración pública e os conflitos de atribucións entre órganos dunha mesma Administración.
- d) Os recursos directos ou indirectos que se interpoñan contra as Normas Forais fiscais das xuntas xerais dos territorios históricos de Arava, Guipuzkoa e Bizkaia, que corresponderán, en exclusiva, ao Tribunal Constitucional nos termos establecidos pola disposición adicional quinta da súa lei orgánica”.

Ademais, as disposicións adicionais da LXCA conteñen algunhas delimitacións negativas do ámbito da xurisdición contencioso-administrativa:

- A disposición adicional 1ª, número 2, declara que non corresponde á xurisdición contencioso-administrativa o coñecemento das decisións ou resolucións ditadas pola Comisión Arbitral a que se refire o artigo 39 do Estatuto de autonomía do País Vasco, á que corresponde resolver os conflitos de competencia que se poidan suscitar entre a Comunidade Autónoma e as de cada un dos seus territorios históricos.
- A disposición adicional quinta, número 2, de modificación do texto refundido da Lei de procedemento laboral, recolle un novo texto para o artigo 3 de acordo co cal:

“1. Non coñecerán os órganos xurisdicionais da orde social:

- a) Da tutela dos dereitos de liberdade sindical e do dereito a folga relativa aos funcionarios públicos e ao persoal a que se refire o artigo 1.3 a) do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores.
- b) Das resolucións ditadas pola Tesouraría Xeral da Seguridade Social en materia de xestión recadatoria ou, se for o caso, polas entidades xestoras no suposto de cotas de recadación conxunta, así como das relativas ás actas de liquidación e de infracción.
- c) Das pretensións que versen sobre a impugnación das disposicións xerais e actos das administracións públicas suxeitos ao dereito administrativo en materia laboral, salvo os que se expresen no número seguinte.

2. Os órganos xurisdicionais da orde social coñecerán as pretensións sobre:

- a) As resolucións administrativas relativas á imposición de calquera sanción por todo tipo

de infraccións de orde social, coas excepcións previstas na letra b) do número 1 deste artigo.

b) As resolucións administrativas relativas a regulación de emprego e actuación administrativa en materia de traslados colectivos”.

II. ÓRGANOS E COMPETENCIAS

Artigo 6

A orde xurisdiccional contencioso-administrativa está integrada polos seguintes órganos:

- a) Xulgados do contencioso-administrativo.
- b) Xulgados centrais do contencioso-administrativo.
- c) Salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza.
- d) Sala do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional.
- e) Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo.

Artigo 7

1. Os órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa que foren competentes para coñecer dun asunto serán tamén para todas as súas incidencias e para facer executar as sentenzas que ditaren nos termos sinalados no artigo 103.1.
2. A competencia dos xulgados e salas do contencioso-administrativo non será prorrogable e deberá ser apreciada por eles, mesmo de oficio, logo de audiencia das partes e do Ministerio Fiscal por prazo común de dez días.
3. A declaración de incompetencia adoptará a forma de auto e deberá efectuarse antes da sentenza, e as actuacións remitiranse ao órgano da xurisdición que se estime competente para que ante el siga o curso do proceso. Se a competencia puider corresponder a un tribunal superior en grao, xuntarase unha exposición razoada, e observarse o que resolva este.

Artigo 8

1. Os xulgados do contencioso-administrativo coñecerán, en única ou primeira instancia segundo o disposto nesta lei, dos recursos que se deduzan fronte aos actos das entidades

loais ou das entidades e corporacións dependentes ou vinculadas a estas, excluídas as impugnacións de calquera clase de instrumentos de planeamento urbanístico.

2. Coñecerán, así mesmo, en única ou primeira instancia, dos recursos que se deduzan fronte aos actos administrativos da Administración das comunidades autónomas, salvo cando procedan do respectivo Consello de Goberno, cando teñan por obxecto:

a) Cuestións de persoal, salvo que se refiran ao nacemento ou extinción da relación de servizo de funcionarios públicos de carreira.

b) As sancións administrativas que consistan en multas non superiores a 60.000 euros e en cesamentos de actividades ou privación de exercicio de dereitos que non excedan os seis meses.

c) As reclamacións por responsabilidade patrimonial cuxa contía non exceda os 30.050 euros.

3. Coñecerán, en única ou primeira instancia, dos recursos que se deduzan fronte a disposicións e actos da Administración periférica do Estado e das comunidades autónomas, contra os actos dos organismos, entes, entidades ou corporacións de dereito público, cuxa competencia non se estenda a todo o territorio nacional e contra as resolucións dos órganos superiores cando confirmen integramente os ditados por aqueles en vía de recurso, fiscalización ou tutela.

Exceptúanse os actos de contía superior a 60.000 euros ditados pola Administración periférica do Estado e os organismos públicos estatais cuxa competencia non se estenda a todo o territorio nacional, ou cando se diten en exercicio das súas competencias sobre dominio público, obras públicas do Estado, expropiación forzosa e propiedades especiais.

4. Coñecerán, igualmente, de todas as resolucións que diten en materia de estranxeiría, a Administración periférica do Estado ou os órganos competentes das comunidades autónomas.

5. Correspóndelles coñecer aos xulgados das impugnacións contra actos das xuntas electorais de zona e das formuladas en materia de proclamación de candidaturas e candidatos efectuada por calquera das xuntas electorais, nos termos previstos na lexislación electoral.

6. Coñecerán tamén os xulgados do contencioso-administrativo das autorizacións para a entrada en domicilios e restantes lugares cuxo acceso requira o consentimento do seu titular, sempre que isto proceda para a execución forzosa de actos da Administración pública, salvo que se trate da execución de medidas de protección de menores acordadas pola entidade pública competente na materia.

Así mesmo, corresponderá aos xulgados do contencioso-administrativo a autorización ou ratificación xudicial 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.

Ademais, os xulgados do contencioso-administrativo coñecerán das autorizacións para a entrada e inspección de domicilios, locais, terreos e medios de transporte que fose acordada pola Comisión Nacional da Competencia, cando, requirindo este acceso e inspección o consentimento do seu titular, este se opoña a isto ou exista risco de tal oposición.

Artigo 9

1. Os xulgados centrais do contencioso-administrativo coñecerán dos recursos que se deduzan fronte aos actos administrativos que teñan por obxecto:

a) En primeira ou única instancia nas materias de persoal cando se trate de actos ditados por ministros e secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización ou tutela, actos ditados por órganos inferiores, ou se refiran ao nacemento ou extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira, ou ás materias recollidas no artigo 11.1.a) sobre persoal militar.

b) En única ou primeira instancia contra os actos dos órganos centrais da Administración xeral do Estado nos supostos previstos no número 2.b) do artigo 8.

c) En primeira ou única instancia dos recursos contencioso-administrativos que se interpoñan contra as disposicións xerais e contra os actos emanados dos organismos públicos con personalidade xurídica propia e entidades pertencentes ao sector público estatal con competencia en todo o territorio nacional, sen prexuízo do disposto no parágrafo i) do número 1 do artigo 10.

d) En primeira ou única instancia, dos recursos contra as resolucións ditadas polos ministros e secretarios de Estado en materia de responsabilidade patrimonial cando o reclamado non exceda os 30.050 euros.

e) En primeira instancia, das resolucións que acorden a inadmisión das peticións de asilo político.

f) En única ou primeira instancia, das resolucións que, en vía de fiscalización, sexan ditadas polo Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva. As referencias ao Comité Español de Disciplina Deportiva entenderanse feitas ao Tribunal Administrativo do Deporte, conforme establece o número 2 da disposición adicional cuarta da LO 3/2013, do 20 de xuño, de protección da saúde do deportista e loita contra a dopaxe na actividade deportiva (BOE do 21 xuño).

2. Corresponderá aos xulgados centrais do contencioso-administrativo a autorización a que se refire o artigo 8.2 da Lei 34/2002, así como autorizar a execución dos actos adoptados pola Sección Segunda da Comisión de Propiedade Intelectual para que se interrompa a prestación de servizos da sociedade da información ou para que se retiren contidos que vulneren a propiedade intelectual, en aplicación da Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico.

3. Igualmente, coñecerán os xulgados centrais do contencioso-administrativo do procedemento previsto no artigo 12 bis da Lei orgánica 6/2002, do 27 de xuño, de partidos políticos.

Artigo 10. Competencias das salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza

1. As salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza coñecerán en única instancia dos recursos que se deduzan en relación con:

a) Cos actos das entidades locais e das administracións das comunidades autónomas, cuxo coñecemento non estea atribuído aos xulgados do contencioso-administrativo.

b) Coas disposicións xerais emanadas das comunidades autónomas e das entidades locais.

c) Cos actos e disposicións dos órganos de goberno das asembleas lexislativas das comunidades autónomas, e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e

ao Defensor do Pobo, en materia de persoal, administración e xestión patrimonial.

d) Cos actos e resolucións ditados polos tribunais económico-administrativos rexionais e locais que poñan fin á vía económico-administrativa.

e) Coas resolucións ditadas polo Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.

f) Cos actos e disposicións das xuntas electorais provinciais e de comunidades autónomas, así como os recursos contencioso-electorais contra acordos das xuntas electorais sobre proclamación de electos e elección e proclamación de presidentes de corporacións locais, nos termos da lexislación electoral.

g) Cos convenios entre administracións públicas cuxas competencias se exerzan no ámbito territorial da correspondente Comunidade Autónoma.

h) Coa prohibición ou a proposta de modificación de reunións previstas na Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión.

i) Cos actos e resolucións ditados por órganos da Administración xeral do Estado cuxa competencia se estenda a todo o territorio nacional e cuxo nivel orgánico sexa inferior ao de ministro ou secretario de Estado en materias de persoal, propiedades especiais e expropiación forzosa.

j) Cos actos e resolucións dos órganos das comunidades autónomas competentes para a aplicación da Lei de defensa da competencia.

k) Coas resolucións ditadas polo órgano competente para a resolución de recursos en materia de contratación previsto no artigo 311 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, en relación cos contratos incluídos no ámbito competencial das comunidades autónomas ou das corporacións locais.

l) Coas resolucións ditadas polos tribunais administrativos territoriais de recursos contractuais.

m) Con calquera outra actuación administrativa non atribuída expresamente á competencia doutros órganos desta orde xurisdiccional.

2. Coñecerán, en segunda instancia, das apelacións promovidas contra sentenzas e autos

ditados polos xulgados do contencioso-administrativo e dos correspondentes recursos de queixa.

3. Tamén lles corresponde, conforme o establecido nesta lei, o coñecemento dos recursos de revisión contra as sentenzas firmes dos xulgados do contencioso-administrativo.

4. Coñecerán das cuestións de competencia entre os xulgados do contencioso-administrativo con sede na Comunidade Autónoma.

5. Coñecerán do recurso de casación para a unificación de doutrina previsto no artigo 99.

6. Coñecerán do recurso de casación en interese da lei previsto no artigo 101.

Artigo 11

1. A Sala do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional coñecerá en única instancia:

a) Dos recursos que se deduzan en relación coas disposicións xerais e os actos dos ministros e dos secretarios de Estado en xeral e en materia de persoal cando se refiran ao nacemento ou extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira. Así mesmo, coñecerá dos recursos contra os actos de calquera órgano central do Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orde e antigüidade no escalafonamento e destinos.

b) Dos recursos contra os actos dos ministros e secretarios de Estado cando rectifiquen en vía de recurso ou en procedemento de fiscalización ou de tutela os ditados por órganos ou entes distintos con competencia en todo o territorio nacional.

c) Dos recursos en relación cos convenios entre administracións públicas non atribuídos aos tribunais superiores de xustiza.

d) Dos actos de natureza económico-administrativa ditados polo ministro de Economía e Facenda e polo Tribunal Económico-Administrativo Central, con excepción do disposto no artigo 10.1.e).

e) Dos recursos contra os actos ditados pola Comisión de Vixilancia de Actividades de Financiamento do Terrorismo e da autorización de prórroga dos prazos das medidas da dita comisión, conforme o previsto na Lei de prevención e bloqueo do financiamento do terrorismo.

f) Das resolucións ditadas polo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, con excepción do disposto no artigo 10.1.k).

g) Dos recursos contra os actos do Banco de España, da Comisión Nacional do Mercado de Valores e do FROB, adoptados conforme o previsto na Lei 11/2015, do 18 de xuño, de recuperación e resolución de entidades de crédito e empresas de servizos de investimento.

h) Dos recursos interpostos pola Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia en defensa da unidade de mercado.

2. Coñecerá, en segunda instancia, das apelacións contra autos e sentenzas ditados polos xulgados centrais do contencioso-administrativo e dos correspondentes recursos de queixa.

3. Coñecerá dos recursos de revisión contra sentenzas firmes ditadas polos xulgados centrais do contencioso-administrativo.

4. Tamén coñecerá das cuestións de competencia que se poidan formular entre os xulgados centrais do contencioso-administrativo.

Artigo 12

1. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo coñecerá en única instancia dos recursos que se deduzan en relación:

a) Cos actos e disposicións do Consello de ministros e das comisións delegadas do Goberno.

b) Cos actos e disposicións do Consello Xeral do Poder Xudicial.

c) Cos actos e disposicións en materia de persoal, administración e xestión patrimonial adoptados polos órganos competentes do Congreso dos Deputados, do Senado, do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas e do Defensor do Pobo.

2. Coñecerá tamén:

a) Dos recursos de casación de calquera modalidade, nos termos establecidos por esta lei, e os correspondentes recursos de queixa.

b) Dos recursos de casación e revisión contra as resolucións ditadas polo Tribunal de Contas, conforme o establecido na súa lei de funcionamento.

c) Dos recursos de revisión contra sentenzas firmes ditadas polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais Superiores de Xustiza, da Audiencia Nacional e do Tribunal Supremo, salvo o disposto no artigo 61.1.1.º da Lei orgánica do poder xudicial.

3. Así mesmo, coñecerá:

a) Dos recursos que se deduzan en relación cos actos e disposicións da Xunta Electoral Central, así como dos recursos contencioso-electorais que se deduzan contra os acordos sobre proclamación de electos nos termos previstos na lexislación electoral.

b) Dos recursos deducidos contra actos das xuntas electorais adoptados no procedemento para elección de membros das Salas de Goberno dos tribunais, nos termos da Lei orgánica do poder xudicial.

Artigo 13

Para aplicar as regras de distribución de competencia contidas nos artigos anteriores, teranse en conta os seguintes criterios:

a) As referencias que se fan á Administración do Estado, comunidades autónomas e entidades locais comprenden as entidades e corporacións dependentes ou vinculadas a cada unha delas.

b) A competencia atribuída aos xulgados e tribunais para o coñecemento de recursos contra actos administrativos inclúe a relativa á inactividade e ás actuacións constitutivas de vía de feito.

c) Salvo disposición expresa en contrario, a atribución de competencia por razón da materia prevalece sobre a efectuada en razón do órgano administrativo autor do acto.

Artigo 14. Competencia territorial dos xulgados e tribunais

1. A competencia territorial dos xulgados e dos tribunais superiores de xustiza determinarase conforme as seguintes regras:

Primeira. Con carácter xeral, será competente o órgano xurisdiccional en cuxa circunscrición teña a súa sede o órgano que ditase a disposición ou o acto orixinario impugnado.

Segunda. Cando o recurso teña por obxecto actos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial, persoal, propiedades especiais e sancións, será

competente, á elección do demandante, o xulgado ou o tribunal en cuxa circunscrición teña aquel o seu domicilio ou se encontre a sede do órgano autor do acto orixinario impugnado.

Cando o recurso teña por obxecto actos das administracións das comunidades autónomas ou das entidades da Administración local, a elección a que se refire esta regra segunda entenderase limitada á circunscrición do Tribunal Superior de Xustiza en que teña a súa sede o órgano que ditase o acto orixinario impugnado.

Terceira. A competencia corresponderá ao órgano xurisdiccional en cuxa circunscrición radiquen os inmobles afectados cando se impugnen plans de ordenación urbana e actuacións urbanísticas, expropiatorias e, en xeral, as que comporten intervención administrativa na propiedade privada.

2. Cando o acto orixinario impugnado afecte unha pluralidade de destinatarios e sexan diversos os xulgados ou tribunais competentes segundo as regras anteriores, a competencia virá atribuída ao órgano xurisdiccional en cuxa circunscrición teña a súa sede o órgano que ditase o acto orixinario impugnado.

Constitución e actuación das salas do contencioso-administrativo

Artigo 15

1. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo actuará dividida en seccións, cuxo presidente será o que o sexa da sala ou o maxistrado máis antigo dos que integren a sección, salvo no suposto previsto no artigo 96.6 en que a sección a que se refire será presidida polo presidente do Tribunal Supremo.

2. Para a vista ou deliberación e resolución será necesaria a concorrencia do que presida e dos maxistrados seguintes:

- a) Todos os que compoñen a sección para decidir os recursos de casación e revisión.
- b) Catro nos demais casos.

3. Para o despacho ordinario será suficiente a concorrencia do que presida e dous maxistrados.

Artigo 16

1. A Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional comporase das seccións que aconselle o número de asuntos, cuxo presidente será o que o sexa da sala ou o maxistrado máis antigo dos integrantes da sección.
2. As salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de Xustiza, cando o número dos seus membros exceda os cinco, actuarán divididas en seccións, cuxo presidente será o que o sexa da sala ou o maxistrado máis antigo dos que integren a sección.
3. Para a vista ou deliberación e resolución, e despacho ordinario, será suficiente a concorrencia do que presida e dous maxistrados.
4. A resolución dos recursos de casación en interese da lei, de casación para a unificación de doutrina e de revisión encomendarase a unha Sección da Sala do Contencioso-Administrativo que teña a súa sede no Tribunal Superior de Xustiza composta polo presidente da dita sala, que a presidirá, polo presidente ou presidentes das demais salas do contencioso-administrativo e, se for o caso, das seccións destas, en número non superior a dous, e polos maxistrados da referida sala ou salas que sexan necesarios para completar un total de cinco membros.

Se a sala ou salas do contencioso-administrativo teñen máis dunha sección, a Sala de Goberno do Tribunal Superior de Xustiza establecerá para cada ano xudicial a quenda conforme a cal os presidentes de sección ocuparán os postos da regulada neste número. Tamén o establecerá entre todos os maxistrados que presten servizo na sala ou salas.

Distribución de asuntos

Artigo 17

1. A distribución de asuntos entre as diversas salas dun mesmo tribunal, ou entre as diversas seccións dunha mesma sala, será acordada pola Sala de Goberno do respectivo tribunal, tendo en conta a natureza e homoxeneidade da materia a que se refiren os recursos.
2. Idéntico criterio se terá en conta para a distribución de asuntos entre os diversos xulgados do contencioso-administrativo dunha mesma poboación. A aprobación

corresponderá á Sala de Goberno do Tribunal Superior de Xustiza, por proposta da Xunta de Xuíces desta orde xurisdiccional.

3. Os acordos sobre distribución de asuntos adoptaranse cada dous anos e comunicaranse ao Consello Xeral do Poder Xudicial para os únicos efectos da súa publicación, antes da apertura de tribunais, no «Boletín Oficial del Estado» ou no da Comunidade Autónoma, segundo corresponda.

En caso de resultar alterada a competencia dos distintos xulgados con sede nun mesmo partido xudicial, das diversas salas dun mesmo tribunal ou das diversas seccións dunha sala por razón dunha nova distribución de asuntos, dos procesos en tramitación continuará coñecendo e resolverá o órgano xurisdiccional que resulte competente ao tempo da interposición do recurso, segundo os acordos entón vixentes.

II. CAPACIDADE PROCESUAL, LEXITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN E DEFENSA:

O título II da LXCA titúlase “As partes” e regula en sucesivos capítulos a capacidade procesual (artigo 18), a lexitimación activa (artigo 19), a exclusión de lexitimación (artigo 20), a parte demandada (artigo 21), a sucesión procesual (artigo 22), a representación e defensa das partes (artigos 23 e 24).

1. A capacidade procesual:

De acordo co artigo 18 LXCA, teñen capacidade procesual ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa:

1º) as persoas que a teñan consonte a Lei de axuízamento civil, é dicir “os que estean no pleno exercicio dos seus dereitos civís” (artigo 2);

2º) os menores de idade para a defensa daqueles dos seus dereitos e intereses lexítimos cuxa actuación lles estea permitida polo ordenamento xurídico sen necesidade de asistencia da persoa que exerza a patria potestade, tutela ou curatela;

3º) os grupos de afectados, unións sen personalidade ou patrimonios independentes ou autónomos, entidades todas elas aptas para seren titulares de dereitos e obrigacións, á marxe da súa integración nas estruturas formais das persoas xurídicas, tamén terán capacidade procesual ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa cando a lei así o declare expresamente.

2. A lexitimación:

É xeneralizada a idea de que a mera capacidade para ser parte e comparecer nun proceso non é suficiente para incoar un proceso concreto, porque é necesario, ademais, ter a condición de parte lexítima ou, en terminoloxía máis usual, ter lexitimación ou estar lexitimada para isto. Dise, neste sentido, que a capacidade procesual é unha aptitude abstracta para pór en marcha a acción pero que, a esta aptitude, é preciso engadir a existencia dunha relación concreta coas situacións xurídicas materiais arredor das cales se formula o proceso.

Tal e como se recoñece na Exposición de motivos, a lei pretende que “ninguén, persoa física ou xurídica, privada ou pública, que teña capacidade xurídica suficiente e sexa titular dun interese lexítimo que tutelar, concepto comprensivo dos dereitos subxectivos pero máis amplo, poida verse privado do acceso á xustiza” (IV). Nesta liña, iniciada décadas antes da promulgación da Lei pola xurisprudencia aperturista do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, o artigo 19 LXCA establece as regras de lexitimación activa ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa, que pode sintetizarse da seguinte forma:

- A lexitimación das persoas físicas ou xurídicas que teñan un dereito ou interese lexítimo:

Como se dixo, moito antes da aprobación da LXCA, a propósito do artigo 24 da CE, a xurisprudencia esbozou un concepto amplo e flexible de “interese lexítimo” entendendo que existe cando se formula unha pretensión que de prosperar orixinaría un beneficio material ou xurídico ao accionante ou, ao contrario, se a persistencia da situación fáctica creada ou que puidese crear a actuación impugnada lle tería orixinado un prexuízo.

Detrás deste concepto amplo late a idea de superar os obstáculos formais ao exame da pretensión que non se revelen como esencialmente imprescindibles para o establecemento correcto da relación xurídico-procesual e favorecer o exame do fondo do asunto como aspiración e exixencia do dereito á tutela xudicial efectiva.

A xurisprudencia encargouse de completar a noción de interese lexítimo, destacando, ao menos, as dúas seguintes consideracións: 1º) o interese debe ser actual, é dicir, non confiren lexitimación os intereses futuros; 2º) non se recoñece por esta vía o mero interese na legalidade, que queda restrinxido, como se verá, aos supostos de acción

pública.

- A lexitimación corporativa:

De acordo coa letra b) do artigo 19, están lexitimadas “as corporacións, asociacións, sindicatos e grupos e entidades a que se refire o artigo 18 que resulten afectados ou estean legalmente habilitados para a defensa dos dereitos e intereses lexítimos colectivos”.

A lexitimación “corporativa” ou de entidades representativas está referida á defensa dos dereitos e intereses que, aínda sendo de titularidade de persoas determinadas, poden selo á vez de todos os membros dun colectivo ao que esas persoas pertencen. De aí a conveniencia de permitir a defensa de intereses colectivos de forma organizada. En todos estes casos, o TC exige a existencia dun vínculo especial e concreto entre a entidade representativa e o obxecto do preito, vínculo que deberá calibrarse en cada caso e traducible nunha vantaxe ou beneficio certo, cualificado e específico derivado da eventual estimación do recurso formulado (STC 7/2001, referida á lexitimación dun sindicato).

Este suposto prevé, xunto á lexitimación de corporacións, asociacións e sindicatos, a dos “grupos” a que se refire o artigo 18 da LXCA. Estase facendo referencia a organizacións carentes de personalidade xurídica de individuos que comparten un interese común que opor á actuación administrativa.

- A lexitimación das administracións públicas:

As administracións públicas teñen lexitimación para impugnar actos e disposicións nos seguintes supostos:

1º) A Administración do Estado, cando teña un dereito ou interese lexítimo, pode impugnar os actos e disposicións da Administración das comunidades autónomas e dos organismos públicos vinculados a estas, así como os das entidades locais, de conformidade co disposto na lexislación de réxime local, e os de calquera outra entidade pública non sometida á súa fiscalización (artigo 19.1.c LXCA).

2º) A Administración das comunidades autónomas ten lexitimación para impugnar os actos e disposicións que afecten o ámbito da súa autonomía, emanados da Administración do Estado e de calquera outra Administración ou organismo público, así como os das entidades locais, de conformidade co disposto na lexislación de réxime local (artigo 19.1.d

LXCA e artigo 65 e ss. LBRL).

3º) As entidades locais territoriais están lexitimadas para impugnar os actos e disposicións que afecten o ámbito da súa autonomía, emanados das administracións do Estado e das comunidades autónomas, así como os de organismos públicos con personalidade xurídica propia vinculados a unha e outras ou os doutras entidades locais (artigo 19.1.e LXCA e artigo 63 LBRL).

4º) A Administración autora dun acto está lexitimada para impugnalos ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa, logo da súa declaración de lesividade para o interese público nos termos establecidos pola lei (artigo 19.2 LXCA e, por relación, artigos 103 LRXAAPP e PAC, 218 LXT e 110.2 LBRL).

- A lexitimación das entidades instrumentais:

De acordo co artigo 19.1.g) LXCA, están lexitimadas ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa “as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas para impugnar os actos ou disposicións que afecten o ámbito dos seus fins. Estas entidades non poden, non obstante, impugnar a actividade da Administración de que dependan, salvo cando a lei lles outorgase un estatuto específico de autonomía (artigo 20.c LXCA). Recentemente aprobouse a Lei 11/2011, do 20 de maio, que, ademais de reformar a Lei 60/2003, de arbitraje, regula a chamada arbitraje institucional da Administración xeral do Estado que consiste, precisamente, nunha canle procedemental para resolver os conflitos internos entre a Administración do Estado e os seus entes instrumentais ou entre estes entre si, especificándose que non se pode acudir á vía administrativa nin xurisdiccional para resolver estas controversias (disposición adicional única da lei).

- A lexitimación do Ministerio Fiscal:

O artigo 19.1.f) reconece a lexitimación do Ministerio Fiscal “para intervir nos procesos que determine a lei” (entre outros, poden citarse os artigos 5, 7, 74, 92, 100, 101, 117, 119 e 122 LXCA). Aclara a doutrina que o Ministerio Fiscal non é parte do proceso, senón que actúa nel en defensa da legalidade (artigo 3.13 do seu estatuto orgánico, Lei 50/1981, do 30 de decembro). A súa intervención no proceso ten unha orixe *ex lege*, polo que

parece incorrecto falar de lexitimación para actuar (SANTAMARÍA PASTOR).

- A acción popular:

En casos excepcionais, literalmente “nos casos expresamente previstos polas leis” (artigo 19.1.h LXCA), recoñécese lexitimación a calquera persoa física ou xurídica para impugnar actuacións da Administración referidas a sectores determinados. O ambiente, o urbanismo, as costas ou o patrimonio cultural serven para exemplificar ámbitos sobre os que o interese público cobra tal intensidade que se entende que calquera membro da comunidade ten interese en protexelos.

- A acción veciñal:

A LXCA límitase a establecer que “o exercicio de accións polos veciños en nome e interese das entidades locais réxese polo disposto na lexislación de réxime local”. Pois ben, de acordo co artigo 68 LBRL, as entidades locais teñen a obrigaón de exercer as accións necesarias para a defensa dos seus bens e dereitos; se estas non o fixesen, calquera veciño que se encontre en pleno goce dos seus dereitos civís e políticos poderá requirir o seu exercicio á entidade interesada e, se no prazo de trinta días a entidade non acorda o exercicio das accións solicitadas, os veciños poderán exercer esta acción en nome e interese da entidade local. SANTAMARÍA PASTOR refírese a un suposto de “substitución procesual”, entendendo, pois, que os efectos que deriven do exercicio da acción recaerán sobre o patrimonio xurídico da entidade local e non sobre o veciño que exerce a acción en substitución dela.

- A lexitimación para a defensa do dereito de igualdade de trato entre mulleres e homes:

A aprobación da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, provocou a ampliación do artigo 19 LXCA con este suposto especial de lexitimación:

“Para a defensa do dereito de igualdade de trato de mulleres e homes, ademais dos afectados e sempre coa súa autorización, estarán tamén lexitimados os sindicatos e as asociacións legalmente constituídas cuxo fin primordial sexa a defensa da igualdade de trato entre mulleres e homes, respecto dos seus afiliados e asociados, respectivamente.

Cando os afectados sexan unha pluralidade de persoas indeterminada ou de difícil

determinación, a lexitimación para demandar en xuízo a defensa destes intereses difusos corresponderá exclusivamente aos organismos públicos con competencia na materia, aos sindicatos máis representativos e ás asociacións de ámbito estatal cuxo fin primordial sexa a igualdade entre mulleres e homes, sen prexuízo, se os afectados están determinados, da súa propia lexitimación procesual.

A persoa acosada será a única lexitimada nos litixios sobre acoso sexual e acoso por razón de sexo”.

- A lexitimación en materia de contratación do sector público:

Como consecuencia da aprobación da Lei 34/2010, do 5 de agosto, que introduciu no dereito español o sistema de recursos especiais e reclamacións en materia de contratación, que son tramitadas e resoltas por un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais con carácter previo e preceptivo á interposición do recurso contencioso-administrativo, o artigo 19 incorpora unha nova letra na cal se di:

“As administracións públicas e os particulares poderán interpor recurso contencioso-administrativo contra as decisións adoptadas polos órganos administrativos aos cales corresponde resolver os recursos especiais e as reclamacións en materia de contratación a que se refire a lexislación de contratos do sector público sen necesidade, no primeiro caso, de declaración de lesividade”.

- A falta de lexitimación:

En virtude do artigo 20:

“Non poden interpor recurso contencioso-administrativo contra a actividade dunha Administración pública:

- a) Os órganos dela e os membros dos seus órganos colexiados, salvo que unha lei o autorice expresamente.
- b) Os particulares cando obren por delegación ou como meros axentes ou mandatarios dela.
- c) As entidades de dereito público que sexan dependentes ou estean vinculadas ao Estado, as comunidades autónomas ou as entidades locais, respecto da actividade da

Administración da que dependan. Exceptúanse aqueles aos cales por lei se dotase dun estatuto específico de autonomía respecto da dita Administración”.

- A lexitimación pasiva:

O artigo 21 LXCA establece:

“1. Considérase parte demandada:

a) As administracións públicas ou calquera dos órganos mencionados no artigo 1.3 contra cuxa actividade se dirixa o recurso.

b) As persoas ou entidades cuxos dereitos ou intereses lexítimos puidesen quedar afectados pola estimación das pretensións do demandante.

c) As aseguradoras das administracións públicas, que sempre serán parte codemandada xunto coa Administración a quen aseguren.

2. Para efectos do disposto no parágrafo a) do número anterior, cando se trate de organismos ou corporacións públicos suxeitos a fiscalización dunha Administración territorial, enténdese por Administración demandada:

a) O organismo ou corporación autores do acto ou disposición fiscalizados, se o resultado da fiscalización é aprobatorio.

b) A que exerza a fiscalización, se mediante ela non se aproba integramente o acto ou disposición.

3. Nos recursos contra as decisións adoptadas polos órganos administrativos aos cales corresponde resolver os recursos especiais e as reclamacións en materia de contratación a que se refire a lexislación de contratos do sector público, os citados órganos non terán a consideración de parte demandada, senón as persoas ou administracións favorecidas polo acto obxecto do recurso, ou que se constitúan como parte en tal concepto, conforme o disposto no artigo 49.

4. Se o demandante funda as súas pretensións na ilegalidade dunha disposición xeral, considerarase tamén parte demandada a Administración autora dela, aínda que non proceda dela a actuación impugnada”.

- A sucesión procesual:

O artigo 22, baixo o título “Sucesión na lexitimación”, establece que “se a lexitimación das partes deriva dalgunha relación xurídica transmisíbel, o habente causa poderá suceder en calquera estado do proceso a persoa que inicialmente actuase como parte”.

3. Representación e defensa:

Artigo 23

1. Nas súas actuacións ante órganos unipersoais, as partes poderán conferir a súa representación a un procurador e serán asistidas, en todo caso, por avogado. Cando as partes confiran a súa representación ao avogado, será a este a quen se notifiquen as actuacións.

2. Nas súas actuacións ante órganos colexiados, as partes deberán conferir a súa representación a un procurador e ser asistidas por avogado.

3. Poderán, non obstante, comparecer por si mesmos os funcionarios públicos en defensa dos seus dereitos estatutarios, cando se refiran a cuestións de persoal que non impliquen separación de empregados públicos inamovíbeis.

A teor do artigo 24 LXCA, a representación e defensa das administracións públicas e dos órganos constitucionais réxese polo disposto na Lei orgánica do poder xudicial e na Lei de asistencia xurídica ao Estado e institucións públicas, así como nas normas que sobre a materia e no marco das súas competencias ditasen as comunidades autónomas.

3. ACTOS IMPUGNABLES:

Tal e como se recolle na Exposición de motivos da LXCA, o seu título III, “Obxecto do recurso contencioso-administrativo”, contén algunhas das innovacións máis importantes do texto legal: “Trátase, nada menos, que de superar a tradicional e restrinxida concepción do recurso contencioso-administrativo como unha revisión xudicial de actos administrativos previos, é dicir, como un recurso ao acto, e de abrir definitivamente as portas para obter xustiza fronte a calquera comportamento ilícito da Administración”.

Nesa liña regúlase a actividade administrativa impugnábel (Capítulo primeiro, artigos 25 a 30), e sinálase, xunto aos clásicos actos administrativos e ás disposicións de carácter xeral, a inactividade e a vía de feito como posibles fontes de conflito.

Recóllense, deste modo, catro tipos de recursos (a): o recurso contra actos administrativos, expresos ou presuntos; o recurso directo e indirecto contra disposicións de carácter xeral; o recurso contra a inactividade da Administración, e o recurso contra actuacións materiais constitutivas de vía de feito.

A LXCA regula, ademais, as pretensións que poden deducirse en cada un destes casos (capítulo II, artigos 31 a 33) e establecen algunhas previsións sobre a súa formulación no proceso (b).

1. Tipoloxía de recursos e pretensións:

1º) O recurso contra actos administrativos:

Con poucas novidades respecto á regulación anterior (recoñécese na Exposición de Motivos da Lei xurisdiccional como o recurso máis tradicional e mellor modelado no período precedente), este recurso régúlase nos artigos 25.1, 28 e 31 da LXCA.

Con carácter xeral, o artigo 25.1 dispón que “o recurso contencioso-administrativo é admisible en relación con... os actos expresos e presuntos da Administración pública”. É a plasmación do tradicional recurso contra actos previsto xa na LXCA de 1956, sobre o cal a xurisprudencia fixo un notable labor encamiñado a permitir o control xurisdiccional de toda actuación administrativa, incluída a súa “inactividade”.

A admisión do recurso contencioso condiciónase ao cumprimento dos seguintes requisitos: o acto impugnado ten que esgotar a vía administrativa, debe ser definitivo ou de trámite “cualificado” e non pode ser reprodución doutro anterior definitivo e firme nin confirmatorio de actos consentidos por non ter sido impugnados en tempo e forma. De non se cumpriren algún destes requisitos, o proceso finalizará anticipadamente, mediante auto de inadmisión de oficio (artigo 51.1.c) ou estimatorio das alegacións previas do demandado (artigos 58 e 59 LXCA), ou mediante sentenza declarativa de inadmisión (artigo 69.c).

Nesta primeira modalidade de recurso, o demandante poderá pretender a declaración de non ser conformes a dereito e, se for o caso, a anulación dos actos impugnados (art. 31.1 LXCA). A pretensión anulatoria pode ir acompañada dunha pretensión accesorio de recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e da adopción das medidas

adecuadas para o seu pleno restablecemento, entre elas a indemnización de danos e perdas, cando proceda (art. 31.2 LXCA).

2º) Os recursos contra disposicións de carácter xeral:

A Lei xurisdiccional recolle dúas modalidades de recurso contra os regulamentos ilegais: a impugnación directa da disposición e a impugnación indirecta cando, con ocasión da presentación dun recurso dirixido contra un acto administrativo, se cuestione a norma en que este acto se apoia ou que lle presta cobertura (artigo 26).

- O recurso directo contra o regulamento:

A validez ou nulidade dunha disposición de carácter xeral poderá someterse ao coñecemento da xustiza contencioso-administrativa mediante a interposición do chamado recurso directo contra o regulamento.

Coa única pretensión de que se declare a non conformidade a dereito e a anulación de determinados preceptos dunha disposición xeral (artigo 31.1 LXCA), calquera interesado deberá interpor recurso directo no prazo de dous meses contados desde o día seguinte ao da publicación da disposición impugnada (artigo 46.1 LXCA).

O obxecto do proceso, cando se refira á declaración sobre determinados preceptos dunha disposición de carácter xeral, poderá ampliarse de oficio se o Tribunal entende necesario estender o axuízamento a outros preceptos da mesma disposición por razóns de conexión ou consecuencia cos preceptos impugnados (artigo 33.3). En tales casos, deberá garantirse o principio de contradición, para o cal o Tribunal o someterá ás partes, mediante providencia en que, advertindo que non se prexulga a resolución definitiva, lles concederá un prazo común de dez días para que formulen as alegacións que estimen oportunas, con suspensión do prazo para pronunciar a resolución (artigo 33.2).

Os recursos directos gozarán de preferencia e, unha vez conclusos, serán antepostos para a súa votación e resolución a calquera outro recurso contencioso-administrativo, sexa cal for a súa instancia ou grao, salvo o proceso especial de protección de dereitos fundamentais (artigo 66).

- O recurso indirecto contra o regulamento:

O artigo 26 da LXCA dispón:

“1. Ademais da impugnación directa das disposicións de carácter xeral, tamén é admisible a dos actos que se produzan en aplicación delas, fundada en que tales disposicións non son conformes a dereito.

2. A falta de impugnación directa dunha disposición xeral ou a desestimación do recurso que fronte a ela se interpuxese non impiden a impugnación dos actos de aplicación con fundamento no disposto no número anterior”.

O sistema impugnatorio non é novo nin estraño á tradición procesual do contencioso español. Dispónse a posibilidade de interpor un recurso contra un acto, baseándose exclusivamente en que o regulamento que lle dá cobertura é ilegal, coa pretensión de conseguir a anulación daquel (tal é o interese do recorrente) e, de paso, provocar a inaplicación da norma de ser declarada contraria a dereito (por interese xeral).

Co tratamento do recurso indirecto, a LXCA achegou unha interesante novidade en relación cos efectos desta clase de recurso, intentando superar a confusión reinante tanto na doutrina como na xurisprudencia: a chamada cuestión de ilegalidade.

O sistema creado pola LXCA xira arredor dunha idea clave: posibilitar ao órgano xurisdiccional unha declaración sobre a disposición impugnada, ao tempo que resolve sobre a legalidade do acto aplicativo da norma. Para isto, faise preciso superar a traba da incompetencia que impide na práctica ao tribunal sentenciador ir máis alá da anulación do acto ilegal e a inaplicación do regulamento ao caso concreto.

Para lograr o obxectivo descrito, a LXCA utiliza a técnica de unificar a decisión xudicial sobre a legalidade do acto e da norma nun só órgano (artigo 27.2. e 3), o competente para coñecer do regulamento, e cando isto non sexa posible, dispor a presentación de oficio da cuestión de ilegalidade por parte do que resolve sobre a legalidade do acto ante o competente para coñecer do regulamento (artigo 27.1).

A cuestión de ilegalidade aparece regulada como procedemento especial na LXCA (artigos 123 a 126). Desta regulación son destacables os seguintes aspectos:

(1) É un procedemento iniciado de oficio, polo xuíz ou tribunal que ditase sentenza *firme* estimatoria en que anule un acto por considerar ilegal o contido da disposición xeral aplicada (artigo 271.1 LXCA).

(2) A cuestión de ilegalidade preséntase ante o tribunal competente para coñecer do recurso directo contra a disposición (artigo 27.1 LXCA), mediante auto, dentro dos cinco días seguintes a que conste nas actuacións a firmeza da sentenza (artigo 123.1 LXCA).

(3) O obxecto da cuestión de ilegalidade cinguirase exclusivamente aos preceptos regulamentarios cuxa declaración de ilegalidade servise de base para a estimación da demanda (artigo 127.1 LXCA).

(4) A cuestión de ilegalidade substanciárase nun procedemento moi breve do que resultará unha sentenza sobre a validez ou nulidade do regulamento, que non afectará a situación xurídica concreta derivada da sentenza ditada polo xuíz ou tribunal que presentou aquela (artigo 125 e 126 LXCA).

- A pretensión:

O recurso contra disposicións de carácter xeral permite falar de dous tipos de pretensións, acordes cos dous tipos de recursos, o directo e o indirecto, sinalados nas páxinas precedentes.

Cando se presenta un recurso directo, o demandante pretenderá a declaración de non ser conformes a dereito determinados preceptos dunha disposición xeral (artigo 31.1 LXCA). Neste caso, búscase directa e inmediatamente eliminar a dita regulación do ordenamento xurídico e a pretensión verase satisfeita mediante unha sentenza que declare e anule a disposición. Os órganos xurisdicionais non poderán determinar a forma en que deben quedar redactados os preceptos anulados (artigo 71.2 LXCA).

Cando se presenta un recurso indirecto, a pretensión do demandante é idéntica á de calquera interesado na anulación dun acto administrativo. Pretende que se declare non conforme a dereito e que se anule un acto e, con tal obxectivo, sométese á xurisdición contenciosa. Que da dita declaración deriven ulteriores consecuencias para o ordenamento xurídico como consecuencia da formulación da cuestión de ilegalidade é unha circunstancia allea ao demandante (aínda que provocada por el), a quen non afectará sequera a sentenza que resolva esta cuestión (artigo 126.5 LXCA).

3º) O recurso contra a inactividade da Administración:

A LXCA introduce no proceso contencioso-administrativo a posibilidade de presentar

pretensións de condena contra a Administración: “Longamente reclamado pola doutrina, a lei crea un recurso contra a inactividade da Administración, que ten precedentes noutros ordenamentos europeos. O recurso diríxese a obter da Administración, mediante a correspondente sentenza de condena, unha prestación material debida ou a adopción dun acto expreso en procedementos iniciados de oficio, alí onde non xoga o mecanismo do silencio administrativo” (número V).

O artigo 29 da LXCA recolle dous supostos distintos en que pode exercerse a pretensión:

“1. Cando a Administración, en virtude dunha disposición xeral que non precise de actos de aplicación ou en virtude dun acto, contrato ou convenio administrativo, estea obrigada a realizar unha prestación concreta a favor dunha ou varias persoas determinadas, os que teñan dereito a ela poden reclamar da Administración o cumprimento da dita obrigaón. Se no prazo de tres meses desde a data da reclamación, a Administración non deu cumprimento ao solicitado ou non chegou a un acordo cos interesados, estes poden deducir recurso contencioso-administrativo contra a inactividade da Administración.

2. Cando a Administración non execute os seus actos firmes, poderán os afectados solicitar a súa execución, e se esta non se produce no prazo dun mes desde tal petición, poderán os solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará polo procedemento abreviado regulado no artigo 78”.

En ambos os casos resulta necesario que o cidadán reclame á Administración a actuación debida. As expresións “poden reclamar” e “poderán solicitar” non denotan a voluntariedade do trámite de reclamación previa, que é preceptiva, pero tampouco poden considerarse como unha volta ao superado carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa, nin significa que se converta o proceso contra a inactividade nun proceso contra a desestimación da reclamación. A finalidade da reclamación previa limítase a “dar á Administración a oportunidade de resolver o conflito e de evitar a intervención xudicial” (Exposición de motivos, número V). Se non se consegue, o obxecto do proceso será, sen máis, a inactividade da Administración e a pretensión será a súa condena.

O artigo 32 da LXCA concreta a pretensión que deberá presentar o demandante: “... que condene a Administración ao cumprimento das súas obrigacións nos concretos termos en que estean establecidas”.

4º) O recurso contra actuacións materiais constitutivas de vía de feito:

Cando a actividade executoria administrativa non se lexitima nun acto administrativo previo porque non se ditou ou porque deixou de existir, ou o acto incorre en tan grave defecto que carece de toda forza lexitimadora, se a execución material non garda conexión co suposto de feito do acto que lle serve de fundamento ou é manifestamente desproporcionada cos fins que se propón, ou cando as actuacións se realizan sen procedemento ou competencia de ningunha clase, en todos estes casos, a doutrina e a práctica xudicial recoñecen unha vía de feito. Adivíñase en todos eles unha ausencia total de formas que fai pouco identificable a actuación da Administración co típico acto administrativo. En palabras do Tribunal Constitucional, estamos ante “unha pura actuación material non amparada sequera aparentemente por unha cobertura xurídica” (STC 160/1991, do 18 de xullo).

Unha das principais novidades da LXCA é, precisamente, a posibilidade de reaccionar en vía contencioso-administrativa contra actuacións que supoñan vía de feito. Trátase de pór fin a aquelas “actuacións materiais da Administración que carecen da necesaria cobertura xurídica e lesionan dereitos ou intereses lexítimos de calquera clase”. Como se recoñece na Exposición de motivos da lei, a acción ten unha natureza declarativa e de condena e á vez, en certo modo, interdital.

Nestes casos, prevese a posibilidade de formular potestativamente unha interpelación á Administración autora da vía de feito. Tal requirimento terá, de facerse, a mesma eficacia que a reclamación contra a inactividade da Administración a que se fixo referencia:

“En caso de vía de feito, o interesado poderá formular requirimento á Administración actuante, intimando a súa cesación. Se a dita intimación non foi formulada ou non foi atendida dentro dos dez días seguintes á presentación do requirimento, poderá deducir directamente contencioso-administrativo” (art. 30).

Non obstante, o termo “poderá” referido ao interesado na cesación da vía de feito (artigo 30) ten un sentido completamente diverso aos termos “poden/poderán” referidos á acción de condena contra a inactividade da Administración (artigo 29). No primeiro caso, “poderá” implica voluntariedade ou carácter potestativo do trámite previo ao contencioso; no segundo caso, como se expuxo, non.

Fronte a unha actuación material en vía de feito, o demandante poderá pretender “que se declare contraria a dereito, que se ordene o cesamento da dita actuación e que se adopten, se for o caso, as demais medidas previstas no artigo 31.2” (artigo 32.2), é dicir, as medidas adecuadas para o pleno restablecemento da situación xurídica afectada, entre elas, a indemnización de danos e perdas, cando proceda.

2. A articulación procesual da pretensión no proceso contencioso-administrativo:

A adecuada formulación da pretensión no proceso non é cuestión de pouca importancia. Condiciona os termos en que se deba producir o debate procesual e a eficacia mesma da sentenza. A propia práctica é culpable de que as resolucións non se executen co rigor desexable, desde o momento en que as partes non precisan correctamente as súas pretensións procesuais (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ).

A formulación correcta da pretensión no proceso exige ter en conta consideracións de diverso signo:

- En primeiro lugar, desde un punto de vista estritamente formal, a pretensión debe concretarse no escrito de demanda (artigo 56.1 LXCA), limitándose a funcionalidade do escrito previo de interposición a citar a disposición, o acto, a inactividade ou actuación constitutiva de vía de feito que se impugne (artigo 45.1 LXCA).
- En segundo lugar, pesa sobre a pretensión o *principio de inalterabilidade*, entendido xenericamente como a imposibilidade das partes de dispor do obxecto do proceso, so pena de desviación procesual, así como a vinculación do órgano xurisdiccional ás pretensións formuladas polas partes, de acordo co deber de congruencia co obxecto do proceso que debe presidir a actuación xurisdiccional. Por tanto, deducida a pretensión, quedarán fixadas as marxes do debate para as partes e para o órgano xurisdiccional.

Non obstante o anterior, é preciso facer referencia a unha xurisprudencia en permanente evolución que permite matizar os principios referidos, apoiada nunha interpretación *pro actione* dalgúns preceptos legais.

Por un lado, o principio de inalterabilidade da pretensión exige diferenciar a “cuestión litixiosa” dos “motivos” ou “argumentos”. A primeira singulariza o obxecto do proceso -a

pretensión-; os segundos fan referencia aos razoamentos das partes en apoio daquela. Pois ben, a distinción resultou ser un instrumento esencial de interpretación da ríxida regra da inmutabilidade da pretensión, en prol de superar a interpretación ligada a un entendemento do carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa segundo o cal non se podía atacar un acto administrativo senón en virtude de argumentos que xa fosen articulados en vía administrativa. O Tribunal Supremo orientou este discurso cara aos seus xustos termos, declarando non só a posibilidade de invocar en sede xurisdiccional novos argumentos non presentados ante a Administración, senón a conveniencia de matizar os motivos nos escritos sucesivos da demanda sempre que non se produza unha renovación da pretensión (STS 4.2.1992, RX 1992/1454).

Por outro lado, a rixidez con que inicialmente se concibe a regra da inalterabilidade da pretensión é paliada en gran medida por unha doutrina xurisprudencial que considera a existencia dentro do proceso de pretensións de diversa categoría, relevancia ou condición, o que permite facer efectiva a regra da inalterabilidade exclusivamente sobre a pretensión principal. É o caso das pretensións indemnizatorias ou resarcitorias cando o suposto de feito en que se amparan é o acto, actuación ou inactividade sobre a que recae a pretensión principal (STS do 26 de maio de 1993, RX 1993/3637).

Por último, admítase a posibilidade de formular por primeira vez en sede xurisdiccional cuestións implícitas ou subxacentes na petición principal ou no expediente administrativo (STS do 27 de outubro de 1995, RX 7826), mesmo tratadas por primeira vez no escrito de conclusións (STS do 10 de novembro de 1994, RX 1994/6934).

A modo de conclusión, é de novo o dereito á tutela xudicial efectiva proclamado no artigo 24.1 da Constitución española a regra co que se debe medir o admisible e inadmisible no proceso contencioso-administrativo:

“E, en definitiva, resulta válido introducir no debate temas ou, se for o caso, matices non tratados na vía administrativa ou só apuntados implicitamente na demanda sempre que non padeza o principio de “contradición”, firmemente asentado no artigo 43 da LXCA e protexido, como dereito fundamental, no artigo 24.1 da Constitución (que prohibe calquera situación de indefensión) ... así se favorece tanto a xustiza, considerada en si mesma, como a economía procedemental administrativa e xudicial, ao evitarse, deste

modo, potenciais posteriores pronunciamentos administrativos, coas súas subseguintes revisións xurisdicionais (cunha repetición, nunha cadea moitas veces interminable, de actuacións), que, fuxindo de anacrónicos ritualismos contrarios ao espírito antiformalista que inspira a Lei da xurisdición, puideron e deberon resolverse xa definitivamente no proceso inicialmente promovido, en ben da Administración e do administrado interesado e en cumprimento do artigo 11.3 da LOPX (modo, en suma, de facer real a tutela xudicial efectiva que debe procurar o órgano xudicial conforme o artigo 24.1 da Constitución antes comentado)” (STS do 4 de febreiro de 1992, RX 1992/1454).

MARTA GARCÍA PÉREZ

PROFESORA TITULAR DE DEREITO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

REVISADO E ACTUALIZADO POR LORENA PEITEADO PÉREZ

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

AGUADO I CUDOLA, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Marcial Pons, 2001.

GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias ediciones).

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

TEMA 21

**O RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:
PROCEDIMENTO XERAL E PROCEDIMENTO
ABREVIADO. RECURSOS DE SÚPLICA,
APELACIÓN, CASACIÓN E REVISIÓN.
EXECUCIÓN DE SENTENZAS. CLASES DE
PROCESOS ESPECIAIS**

TEMA 21. O RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PROCEDEMENTO XERAL E PROCEDEMENTO ABREVIADO.

I. PROCEDEMENTO XERAL:

1. Inicio do procedemento:

A. Formas de iniciación:

O procedemento contencioso-administrativo iníciase mediante escrito de interposición ou por demanda (ex. artigo 45 LXCA).

Como regra xeral, o recurso contencioso-administrativo iníciase mediante a presentación pola parte demandante do *escrito de interposición*, reducido a citar a disposición, acto, inactividade ou actuación constitutiva de vía de feito que se impugne e a solicitar que se teña por interposto o recurso. Este escrito debe ir acompañado dos seguintes documentos:

- a) O documento que acredite a representación do comparecente, salvo se figura unido ás actuacións doutro recurso pendente ante o mesmo xulgado ou tribunal, caso en que se poderá solicitar que se expida certificación para a súa unión aos autos.
- b) O documento ou documentos que acrediten a lexitimación do demandante cando a posúa por terlla transmitido outro por herdanza ou por calquera outro título.
- c) A copia ou traslado da disposición ou do acto expreso que se impugnen, ou indicación do expediente en que se ditase o acto ou o diario oficial en que a disposición se publicase. Se o obxecto do recurso é a inactividade da Administración ou unha vía de feito, mencionarse o órgano ou dependencia ao cal se atribúa unha ou outra, se for o caso, o expediente en que tivese orixe, ou calquera outro dato que sirva para identificar suficientemente o obxecto do recurso.
- d) O documento ou documentos que acrediten o cumprimento dos requisitos exixidos para as persoas xurídicas iniciaren as accións consonte as normas ou estatutos que lles sexan de aplicación, agás que se incorporasen ou inserisen no pertinente dentro do corpo do documento mencionado na letra a).

O secretario xudicial examinará de oficio a validez da comparecencia tan pronto como se presentase o escrito de interposición. Se estima que é válida, admitirá a trámite o recurso. Se co escrito de interposición non se xuntan os documentos sinalados ou os presentados son incompletos e, en xeral, sempre que o secretario xudicial estime que non concorren os

requisitos exixidos por esta lei para a validez da comparecencia, requirirá inmediatamente a súa emenda e sinalará un prazo de dez días para que o recorrente poida levala a efecto. Se non o fai, o xuíz ou tribunal pronunciarase sobre o arquivamento das actuacións.

O inicio do procedemento mediante demanda é preceptivo cando se trate dun recurso de lesividade (artigo 45.4 LXCA). Esta forma de iniciación é, non obstante, potestativa cando o recurso vaia dirixido contra unha disposición xeral, acto, inactividade ou vía de feito en que non existan terceiros interesados.

B. Prazos de interposición do recurso:

A LXCA establece os prazos de interposición do recurso atendendo ao tipo de pretensión que se exerza por parte do recorrente. Así:

- Pretensión de anulación de actos administrativos e de disposicións xerais (artigo 25 LXCA):

O prazo para interpor o recurso contencioso-administrativo será de dous meses contados desde o día seguinte ao da publicación da disposición impugnada ou ao da notificación ou publicación do acto que poña fin á vía administrativa, se for expreso. Se non o for, o prazo será de seis meses e contarase, para o solicitante e outros posibles interesados, a partir do día seguinte a aquel en que, de acordo coa súa normativa específica, se produza o acto presunto. O Tribunal Supremo mantén a doutrina da inexistencia de prazo para recorrer en vía contencioso-administrativa cando o proceso derive dun silencio desestimatorio, sendo aplicable o prazo de seis meses previsto na LXCA á impugnación dos actos presuntos, é dicir, os supostos de silencio positivo (STS do 23 de xaneiro de 2004, RX 2004/1021).

- Pretensión de execución de prestacións e actos firmes (artigo 29 LXCA):

Nos supostos previstos no artigo 29 da LXCA, os dous meses contaranse a partir do día seguinte ao vencemento dos prazos sinalados no dito artigo. Como se viu, este artigo 29 fai referencia a dous tipos de accións, cos seus prazos respectivos:

1º) Cando a Administración, en virtude dunha disposición xeral que non precise de actos de aplicación ou en virtude dun acto, contrato ou convenio administrativo estea obrigada a realizar unha prestación concreta en favor dunha ou varias persoas determinadas, os que teñan dereito a ela poderán presentar reclamación ante a Administración para que proceda ao cumprimento da dita obriga (téñase en conta que aínda que se utilice a expresión *poderán presentar* a reclamación non é potestativa). Neste caso, a

Administración dispón de tres meses para dar cumprimento á prestación; se non o fai ou non chega a un acordo cos interesados, estes poden deducir recurso contencioso-administrativo contra a inactividade da Administración no prazo de dous meses.

2º) Cando a Administración non execute os seus actos firmes, os afectados *poderán solicitar* (tampouco neste caso cabe falar de carácter potestativo) a súa execución, e se esta non se produce no prazo dun mes desde tal petición, poderán os solicitantes formular recurso contencioso-administrativo no prazo de dous meses.

- Pretensións de cesación da vía de feito (artigo 30):

Os prazos de interposición da acción de cesación da vía de feito dependen de que o interesado formulase ou non requirimento de cesación ante a Administración.

Se se formulou requirimento e este non foi atendido dentro dos dez días seguintes, o interesado poderá deducir recurso contencioso-administrativo, e disporá do prazo de dez días para a súa interposición.

Se non se formulou requirimento, o prazo será de vinte días desde o día en que se iniciou a actuación administrativa en vía de feito.

- Outras regras sobre prazos:

Ademais das previsións anteriores respecto a cada un dos recursos-tipo, o **artigo 46** establece as que se sinalan a continuación:

“4. O prazo para interpor o recurso contencioso-administrativo contarase desde o día seguinte a aquel en que se notifique a resolución expresa do recurso potestativo de reposición ou en que este deba entenderse desestimado.

5. O prazo para interpor recurso de lesividade será de dous meses contados desde o día seguinte á data da declaración de lesividade.

6. Nos litixios entre administracións, o prazo para interpor recurso contencioso-administrativo será de dous meses, salvo que por lei se estableza outra cousa. Cando precedese o requirimento regulado nos tres primeiros números do artigo 44, o prazo contarase desde o día seguinte a aquel en que se reciba a comunicación do acordo expreso ou se entenda presuntamente rexeitado”.

C. Medidas cautelares:

Unha das principais novidades da LXCA foi a regulación das medidas cautelares, ás cales dedica os seus artigos 129 a 136. Algunhas das súas principais notas características son as

seguintes:

1º) Ampliación das medidas cautelares:

Os interesados poderán solicitar a adopción de cantas medidas aseguren a efectividade da sentenza (artigo 129.1 LXCA). Por tanto, supérase a regulación precedente que consideraba exclusivamente a medida de suspensión da execución do acto ou disposición impugnados, dando cabida a calquera medida, de carácter positivo ou negativo.

2º) Criterios para decidir sobre as medidas cautelares:

O xuíz ou tribunal deberán levar a cabo, en primeiro lugar, unha “valoración circunstanciada previa de todos os intereses en conflito” (artigo 130.1 LXCA). De aí que a medida cautelar se poida denegar cando dela puidese seguirse perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro que o xuíz ou tribunal ponderará en forma circunstanciada (artigo 130.2 LXCA).

En segundo lugar, e de modo complementario co criterio anterior, “a medida cautelar poderá acordarse unicamente cando a execución do acto ou a aplicación da disposición puidesen facer perder a súa finalidade lexítima ao recurso”. Neste punto, a xurisprudencia vén considerando que debe atenderse ao chamado *periculum in mora*, é dicir, a incidencia da tardanza en resolver sobre a pretensión. Ademais, un sector da doutrina e algunha xurisprudencia consideran que debe valorar o órgano xudicial o *fumus boni iuris* ou aparencia de bo dereito de quen solicita a medida cautelar.

O artigo 136 LXCA establece dúas regras especiais para os procesos contra a inactividade ou vía de feito (artigos 29 e 30 LXCA). Unha delas refírese aos criterios que debe ter en conta o órgano xudicial: nestes supostos a medida cautelar adoptarase salvo que se aprecie con evidencia que non se dan as situacións previstas nos ditos artigos ou a medida ocasione unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro, que o xuíz ponderará en forma circunstanciada.

3º) Procedemento:

- As medidas poden solicitarse en calquera estado do proceso (artigo 129.1), aínda que o normal é que, por urxencia, se soliciten no mesmo escrito de interposición (SANTAMARÍA PASTOR). Esta regra xeral ten algunhas matizacións:

a) No caso de que se impugne unha disposición xeral, imponse a obrigaón de solicitar a suspensión da vixencia dos preceptos impugnados no escrito de interposición ou de

demanda.

b) Se se sostén algunha das pretensións contida no artigo 29 ou 30 LXCA (inactividade ou vía de feito), as medidas tamén poderán solicitarse antes da interposición do recurso. En tal caso, o interesado deberá pedir a súa ratificación ao interpor o recurso, o que deberá facerse inescusablemente no prazo de dez días contados desde a notificación da adopción das medidas cautelares. Nos tres días seguintes, o secretario xudicial convocará a comparecencia á cal fai referencia o artigo anterior. De non interporse o recurso, quedarán automaticamente sen efecto as medidas acordadas e o solicitante deberá indemnizar dos danos e perdas que a medida cautelar producise.

- O incidente cautelar substanciarase en peza separada, con audiencia da parte contraria, que ordenará o secretario xudicial por prazo que non excederá os dez días, e será resolto por auto dentro dos cinco días seguintes. Se a Administración demandada aínda non comparecese, a audiencia entenderase co órgano autor da actividade impugnada.

- O auto que acorde a medida comunicarse ao órgano administrativo correspondente, o cal disporá o seu inmediato cumprimento. A suspensión da vixencia de disposicións de carácter xeral así como a suspensión que se refira a un acto administrativo que afecte unha pluralidade indeterminada de persoas será publicada.

- O xuíz ou tribunal, atendidas as circunstancias de especial urxencia que concorran no caso, adoptará a medida sen oír a parte contraria. Contra este auto non se dará recurso ningún. Na mesma resolución, o xuíz ou tribunal convocará as partes a unha comparecencia, que se deberá celebrar dentro dos tres días seguintes, sobre o levantamento, mantemento ou modificación da medida adoptada. Celebrada a comparecencia, o xuíz ou tribunal ditará auto, o cal será impugnado conforme as regras xerais.

4º) Vixencia, modificación e revogación (artigo 132):

As medidas cautelares estarán en vigor até que se dite sentenza firme que poña fin ao procedemento en que se acordasen, ou até que este finalice por calquera das causas previstas nesta lei.

As medidas cautelares poderán ser modificadas ou revogadas durante o curso do procedemento se cambian as circunstancias en virtude das cales se adoptaron. Non poderán modificarse ou revogarse as medidas cautelares en razón dos distintos avances

que se vaian facendo durante o proceso respecto á análise das cuestións formais ou de fondo que configuran o debate, e tampouco en razón da modificación dos criterios de valoración que o xuíz ou tribunal aplicou aos feitos ao decidir o incidente cautelar.

5º) Caución ou garantía (artigo 133):

Cando da medida cautelar poidan derivar prexuízos de calquera natureza, poderán acordarse as medidas que sexan adecuadas para evitar ou paliar os ditos prexuízos. Igualmente, poderá exixirse a presentación de caución ou garantía suficiente para responder daqueles.

A caución ou garantía poderá constituírse en calquera das formas admitidas en dereito. A medida cautelar acordada non se levará a efecto até que a caución ou garantía estea constituída e acreditada en autos, ou até que conste o cumprimento das medidas acordadas para evitar ou paliar os prexuízos a que se refire o número precedente.

Levantada a medida por sentenza ou por calquera outra causa, a Administración, ou a persoa que pretenda ter dereito a indemnización dos danos sufridos, poderá solicitar esta ante o propio órgano xurisdiccional polo trámite dos incidentes, dentro do ano seguinte á data do alzamento. Se non se formula a solicitude dentro do dito prazo, se renuncia a ela ou non se acredita o dereito, cancelárase a garantía constituída.

2. Actuacións preparatorias:

Unha vez que foi presentado o escrito de interposición do recurso ou a demanda, o órgano xurisdiccional leva a cabo as seguintes actuacións, chamadas preparatorias pola doutrina por ser esa a súa finalidade esencial.

- Anuncio e publicación do recurso (artigo 47):

Unha vez examinada a corrección formal do escrito de interposición do recurso, o secretario xudicial acordará, se o solicita o recorrente, que se anuncie a interposición do recurso, sen prexuízo de que sexa custeada polo recorrente, no diario oficial que proceda atendendo ao ámbito territorial de competencia do órgano autor da actividade administrativa impugnada. O secretario xudicial poderá tamén acordar de oficio a publicación, se o estima conveniente. Como particularidade, a lei establece o carácter preceptivo do anuncio cando se iniciase o recurso mediante demanda nos supostos previstos polo artigo 45.5 e este se dirixe contra unha disposición xeral.

A finalidade do anuncio é levar a coñecemento dos posibles interesados a existencia do

proceso, para efectos de que poidan comparecer nel.

- Remisión do expediente por parte da Administración demandada (artigo 48):

A LXCA establece a obrigação da Administración de remitir ao secretario xudicial o expediente administrativo, coas conseguíntes medidas en caso de incumprimento. A función que cumpre a remisión do expediente é tripla (BLANQUER): en primeiro lugar, permite garantir ás partes a igualdade de armas procesuais e que o recorrente poida redactar a demanda con información completa de todo o actuado durante o procedemento administrativo; en segundo lugar, serve como medio de proba para dar por acreditados en sede xudicial os feitos que constan no expediente e que son aceptados polas partes; finalmente, habilita o órgano xurisdiccional para introducir de oficio no proceso aqueles feitos que non foron expresamente afirmados polas partes.

O órgano autor da disposición ou actuación impugnada debe remitir o expediente ao órgano xurisdiccional no prazo de vinte días, en orixinal ou copia autenticada, foliado, cun índice e todos os documentos salvo os clasificados como segredo oficial (o que se fará constar coa debida motivación). Transcorrido o prazo de remisión do expediente sen terse recibido completo, reiterarase a reclamación e, se non se envía no termo de dez días, o xuíz ou tribunal impondrá unha multa coercitiva de trescentos a mil douscentos euros á autoridade ou empregado responsable. A multa será reiterada cada vinte días, até o cumprimento do requirido. Se é imposible determinar a autoridade ou empregado responsable, a Administración será a responsable do pagamento da multa sen prexuízo de que se repercuta contra o responsable. Impostas as tres primeiras multas coercitivas sen lograr que se remita o expediente completo, o xuíz ou tribunal porá os feitos en coñecemento do Ministerio Fiscal, sen prexuízo de seguir impoñendo novas multas.

- Emprazamentos (artigo 49) e constitución como parte (artigo 50):

Para constituír a relación procesual hai que emprazar os demandados para darlles a oportunidade de constituírse como parte no proceso e actuar como parte no litixio.

O emprazamento da Administración entenderase efectuado pola reclamación do expediente e a súa constitución como parte tense realizada polo envío do expediente.

O órgano xurisdiccional, ao reclamar á Administración demandada o expediente administrativo, ordenaralle que notifique persoalmente a interposición do recurso a cantos aparezan como interesados nel e daralles un prazo de nove días para constituírse como

parte como demandados. A Administración deberá xustificar que levou a cabo o emprazamento cando remita o expediente ao órgano xurisdiccional.

O secretario xudicial, á vista do resultado das actuacións administrativas e do contido do escrito de interposición e documentos anexos, comprobará que se efectuaron as debidas notificacións para emprazamento e, se advirte que son incompletas, ordenará á Administración que se practiquen as necesarias para asegurar a defensa dos interesados que sexan identificables.

Como regra especial, nos recursos contra as decisións adoptadas polos órganos administrativos aos cales corresponde resolver os recursos especiais e as reclamacións en materia de contratación a que se refire a lexislación de contratos do sector público, emprazaranse como parte demandada as persoas distintas do recorrente que comparecesen no recurso administrativo, para que poidan constituírse como parte como demandados no prazo de nove días.

Os demandados legalmente emprazados poderán constituírse como parte en autos dentro do prazo concedido. Se o fan posteriormente, teráselles por parte para os trámites non precluídos. Se non se constitúen como parte oportunamente, continuará o procedemento polos seus trámites, sen que proceda practicarlles, en estrados ou en calquera outra forma, notificacións de clase ningunha.

Cando non fose posible emprazar algún interesado no domicilio que conste, o secretario xudicial mandará inserir o correspondente edicto no diario oficial que proceda atendendo ao ámbito territorial de competencia do órgano autor da actividade administrativa impugnada. Os emprazados por edictos poderán constituírse como parte até o momento en que teña que dárseles traslado para contestar a demanda.

- Inadmisión do recurso (artigo 51):

Antes de se formalizar a demanda pode chegar a frustrarse a válida constitución da relación procesual por concorrer algunha das causas de inadmisibilidade do recurso contencioso-administrativo recollidas no artigo 51 LXCA, que deben constar de modo inequívoco e manifesto:

- A falta de xurisdición ou a incompetencia do xulgado ou tribunal.
- A falta de lexitimación do recorrente.
- Terse interposto o recurso contra actividade non susceptible de impugnación.

- Ter caducado o prazo de interposición do recurso.
- Cando se desestimasen no fondo outros recursos substancialmente iguais por sentenza firme, mencionando, neste último caso, a resolución ou resolucións desestimatorias.
- Cando se impugnase unha actuación material constitutiva de vía de feito e resulte evidente que a actuación administrativa se produciu dentro da competencia e en conformidade coas regras do procedemento legalmente establecido.
- Cando se impugne a non realización pola Administración das obrigacións a que se refire o artigo 29 (inactividade) e sexa evidente a ausencia de obrigación concreta da Administración respecto dos recorrentes.

En calquera dos supostos enunciados, o órgano xudicial, antes de pronunciarse sobre a inadmisión do recurso, fará saber ás partes o motivo en que poida fundarse para que, no prazo común de dez días, aleguen o que estimen procedente e xunten os documentos que proceda. Contra o auto que declare a inadmisión poderán interporse os recursos previstos nesta lei. O auto de admisión non será impugnabile pero non impedirá opor calquera motivo de inadmisibilidade en momento procesual posterior.

É importante ter en conta as importantes achegas da xurisprudencia do Tribunal Supremo e do Constitucional para adaptar o contencioso-administrativo ás exixencias do dereito á tutela xudicial efectiva proclamado no artigo 24 da Constitución española, que se plasmaron no carácter aperturista e flexible do proceso e nunha significativa redución das causas de inadmisibilidade. A LXCA recolle esa herdanza e “depura o ordenamento anterior dalgunhas normas limitativas que carecen de xustificación” (Exposición de motivos).

3. Demanda e contestación:

Recibido o expediente administrativo no órgano xudicial e comprobados, e, se é o caso, completados os emprazamentos, o secretario xudicial acordará que se entregue ao recorrente para que se deduza a demanda no prazo de vinte días. Se a demanda non se presenta dentro do prazo, o órgano xudicial, de oficio, declarará por auto a caducidade do recurso. Non obstante, admitirase o escrito de demanda e producirá os seus efectos legais, se se presenta dentro do día en que se notifique o auto (artigo 52).

Pode darse o caso de que transcorrese o prazo para a remisión do expediente administrativo sen que este fose enviado e que interese á parte recorrente presentar

demanda. Neste suposto poderá pedir, por si ou por iniciativa do secretario xudicial, que se lle conceda prazo para formalizar a demanda. Se con posterioridade á presentación da demanda se recibe o expediente, o secretario xudicial porá este de manifesto ás partes demandantes e, se for o caso, demandadas, por prazo común de dez días para que poidan efectuar as alegacións complementarias que estimen oportunas (artigo 53).

Da demanda presentada darase traslado ás partes demandadas que comparecesen, con entrega do expediente administrativo, para que a contesten no prazo de vinte días. Se a demanda se formalizase sen terse recibido o expediente administrativo, emprazarase a Administración demandada para contestar, apercibíndoa de que non se admitirá a contestación se non vai acompañada do dito expediente. Cando teñan que contestar a demanda, a contestación formularana simultaneamente todos eles. Neste caso, non procederá a entrega do expediente administrativo, que será posto de manifesto na oficina xudicial, pero si da súa copia, cos gastos a cargo destes demandados (artigo 54).

En calquera caso, se as partes estiman que o expediente administrativo non está completo, poderán solicitar, dentro do prazo para formular a demanda ou a contestación, que se reclamen os antecedentes para completalo. A solicitude suspenderá o curso do prazo correspondente. O secretario xudicial resolverá o pertinente no prazo de tres días (artigo 55).

Nos escritos de demanda e de contestación consignaranse, coa debida separación, os feitos, os fundamentos de dereito e as pretensións que se deduzan, en xustificación das cales poderán alegarse cantos motivos procedan, fosen ou non formulados ante a Administración. O secretario xudicial examinará de oficio a demanda e requirirá que se emenden as faltas que padeza en prazo non superior a dez días. Realizada a emenda, admitirá a demanda. Noutro caso, dará conta ao xuíz para que resolva o que proceda sobre a súa admisión. Coa demanda e a contestación as partes presentarán os documentos en que directamente funden o seu dereito, e se non constan no seu poder, designarán o arquivo, oficina, protocolo ou persoa en cuxo poder se encontren (artigo 56). Despois da demanda e contestación non se lle admitirán ás partes máis documentos que os que se encontren nalgún dos casos previstos para o proceso civil. Non obstante, o demandante poderá achegar, ademais, os documentos que teñan por obxecto desvirtuar alegacións contidas nas contestacións á demanda e que poñan de manifesto

desconformidade nos feitos, antes da citación de vista ou conclusións (artigo 56).

A LXCA contempla a posibilidade de que o preito se declare concluso, sen máis trámite, para sentenza unha vez contestada a demanda, salvo que o xuíz ou tribunal faga uso da facultade que lle atribúe o artigo 61, nos seguintes supostos:

1º) Se o demandante pide por outrosí na súa demanda que o recurso se resolva sen necesidade de recibimento a proba nin tampouco de vista ou conclusións e a parte demandada non se opón.

2º) Se nos escritos de demanda e contestación non se solicita o recibimento a proba nin os trámites de vista ou conclusións, salvo que o xuíz ou tribunal, excepcionalmente, atendida a índole do asunto, acorde a celebración de vista ou a formulación de conclusións escritas.

Nos dous supostos anteriores, se o demandado solicita a inadmisión do recurso, darase traslado ao demandante para que no prazo de cinco días formule as alegacións que considere procedentes sobre a posible causa de inadmisión e, seguidamente, se declarárase concluso o preito (artigo 57).

4. Alegacións previas:

Dentro dos primeiros cinco días do prazo para contestar a demanda, a partes demandadas poderán alegar os motivos que poidan determinar a incompetencia do órgano xurisdiccional ou a inadmisibilidade do recurso, conforme o disposto no artigo 69, é dicir:

- a) Que o xulgado ou tribunal contencioso-administrativo careza de xurisdición.
- b) Que o interpuxese persoa incapaz, non debidamente representada ou non lexitimada.
- c) Que teña por obxecto disposicións, actos ou actuacións non susceptibles de impugnación.
- d) Que recaia sobre cousa xulgada ou exista litispendencia.
- e) Que se presentase o escrito inicial do recurso fóra do prazo establecido.

Estes motivos, salvo o de incompetencia do órgano xurisdiccional, poden, non obstante, ser alegados na contestación, mesmo se foron desestimados como alegación previa (artigo 58).

O procedemento para formular e resolver estas alegacións previas concrétese nas seguintes actuacións (artigo 59):

- Do escrito formulando alegacións previas o secretario xudicial dará traslado por cinco

días ao demandante, o cal poderá emendar o defecto, se procede, no prazo de dez días.

- Realizado o traslado, seguirase a tramitación prevista para os incidentes.
- O auto desestimatorio das alegacións previas non será susceptible de recurso e disporá que se conteste a demanda no prazo que reste.
- O auto estimatorio das alegacións previas declarará a inadmisibilidade do recurso e, unha vez firme, o secretario xudicial ordenará a devolución do expediente administrativo á oficina de onde proceda.

5. Proba:

A proba pode ser solicitada polas partes demandantes e demandadas (artigo 60) ou de oficio polo órgano xudicial (artigo 61).

No primeiro caso, soamente se poderá pedir o recibimento do proceso a proba por medio de outrosí, nos escritos de demanda e contestación e nos de alegacións complementarias. Nos ditos escritos deberán expresarse en forma ordenada os puntos de feito sobre os que deba versar a proba.

Se da contestación á demanda resultan novos feitos de transcendencia para a resolución do preito, o recorrente poderá pedir o recibimento a proba dentro dos cinco días seguintes a aquel en que se dese traslado dela, sen prexuízo de que poida facer uso do seu dereito a achegar documentos conforme o disposto no número 4 do artigo 56, conforme o cal “despois da demanda e contestación ... o demandante poderá achegar, ademais, os documentos que teñan por obxecto desvirtuar alegacións contidas nas contestacións á demanda e que poñan de manifesto desconformidade nos feitos, antes da citación de vista ou conclusións”.

O órgano xudicial recibirá o proceso a proba cando exista desconformidade nos feitos e estes sexan de transcendencia, a xuízo do órgano xurisdiccional, para a resolución do preito. Se o obxecto do recurso é unha sanción administrativa ou disciplinaria, o proceso recibirase sempre a proba cando exista desconformidade nos feitos.

A proba desenvolverase conforme as normas xerais establecidas para o proceso civil, ben que o prazo será de quince días para propor e trinta para practicar. Non obstante, poderanse achegar ao proceso as probas practicadas fóra deste prazo por causas non imputables á parte que as propuxo.

Como se indicou, o órgano xurisdiccional poderá acordar de oficio o recibimento a proba e

dispor a práctica de cantas considere pertinentes para a máis acertada decisión do asunto. Ademais, finalizado o período de proba, e até que o preito sexa declarado concluso para sentenza, o órgano xurisdicional poderá tamén acordar a práctica de calquera dilixencia de proba que estime necesaria.

As partes terán intervención nas probas que se practiquen ao abeiro do previsto nos dous números anteriores. Se o xuíz ou tribunal fai uso da súa facultade de acordar de oficio a práctica dunha proba e as partes carecen de oportunidade para alegar sobre isto na vista ou no escrito de conclusións, o secretario xudicial porá de manifesto o resultado da proba ás partes, as cales poderán, no prazo de cinco días, alegar canto consideren conveniente acerca do seu alcance e importancia.

6. Vista e conclusións:

Salvo que nesta lei se dispoña outra cousa, as partes poderán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusións ou que o preito sexa declarado concluso, sen máis trámites, para sentenza. Esta solicitude deberá formularse por medio de outrosí nos escritos de demanda ou contestación ou por escrito presentado no prazo de cinco días contados desde que se notifique a dilixencia de ordenación declarando concluso o período de proba.

O secretario xudicial proverá segundo o que coincidentemente solicitasen as partes. Noutro caso, só acordará a celebración de vista ou a formulación de conclusións escritas cando o solicite o demandante ou cando, téndose practicado proba, o solicite calquera das partes; todo isto sen prexuízo do disposto no número 4 do artigo 61, é dicir, se o xuíz ou tribunal fixese uso da súa facultade de acordar de oficio a práctica dunha proba.

Se as partes non formulasen solicitude ningunha o xuíz ou tribunal, excepcionalmente, atendida a índole do asunto, poderá acordar a celebración de vista ou a formulación de conclusións escritas (artigo 62).

Se se acorda a celebración de vista, o secretario xudicial sinalará a data da audiencia por rigorosa orde de antigüidade dos asuntos, excepto os referentes a materias que por prescrición da lei ou por acordo motivado do órgano xurisdicional, fundado en circunstancias excepcionais, deban ter preferencia, os cales, estando conclusos, poderán ser antepostos aos demais cuxo sinalamento aínda non se fixese (artigo 63).

Cando se acorde o trámite de conclusións, as partes presentarán unhas alegacións

sucintas acerca dos feitos, a proba practicada e os fundamentos xurídicos en que apoién as súas pretensións.

O prazo para formular o escrito será de dez días sucesivos para os demandantes e demandados, sendo simultáneo para cada un destes grupos de partes se nalgún deles comparece máis dunha persoa e non actúan unidos baixo unha mesma representación.

Celebrada a vista ou presentadas as conclusións, o xuíz ou tribunal declarará que o preito quedou concluso para sentenza, salvo que faga uso da facultade a que se refire o número 2 do artigo 61 (a práctica de novas probas), caso en que a dita declaración se fará inmediatamente despois de que finalice a práctica da dilixencia ou dilixencias de proba acordadas (artigo 64).

No acto da vista ou no escrito de conclusións non poderán formularse cuestións que non fosen suscitadas nos escritos de demanda e contestación.

Cando o xuíz ou tribunal xulgue oportuno que no acto da vista ou nas conclusións se traten motivos relevantes para a resolución e distintos dos alegados, porao en coñecemento das partes mediante providencia, e daráselles prazo de dez días para ser oídas sobre isto. Contra esta providencia non caberá recurso ningún.

No acto da vista, ou no escrito de conclusións, o demandante poderá solicitar que a sentenza formule pronunciamento concreto sobre a existencia e contía dos danos e perdas de cuxo resarcimento se trate, se constasen xa probados en autos (artigo 65).

Polo demais, os recursos directos contra disposicións xerais gozarán de preferencia e, unha vez conclusos, serán antepostos para a súa votación e resolución a calquera outro recurso contencioso-administrativo, sexa cal for a súa instancia ou grao, salvo o proceso especial de protección de dereitos fundamentais (artigo 66).

7. Sentenza:

Tal e como dispón o artigo 67, a sentenza ditarase no prazo de dez días desde que o preito fose declarado concluso. Cando o xuíz ou tribunal aprecie que a sentenza non se poderá ditar dentro do prazo indicado, razoarao debidamente e sinalará unha data posterior concreta en que se ditará aquela, e notificarallo ás partes.

A sentenza decidirá todas as cuestións controvertidas no proceso (artigo 67) e pronunciará algunha das resolucións seguintes:

- Inadmisibilidade do recurso contencioso-administrativo, nos casos seguintes:

- a) Que o xulgado ou tribunal contencioso-administrativo careza de xurisdición.
- b) Que fose interposto por persoa incapaz, non debidamente representada ou non lexitimada.
- c) Que teña por obxecto disposicións, actos ou actuacións non susceptibles de impugnación.
- d) Que recaia sobre cousa xulgada ou exista litispendencia.
- e) Que se presentase o escrito inicial do recurso fóra do prazo establecido (artigo 69).

- Estimación ou desestimación do recurso contencioso-administrativo (artigo 70):

- a) A sentenza desestimarán o recurso cando se axusten a dereito a disposición, acto ou actuación impugnados.
- b) A sentenza estimará o recurso contencioso-administrativo cando a disposición, a actuación ou o acto incorresen en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder (exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico).

Cando a sentenza estime o recurso contencioso-administrativo:

- a) Declarará non ser conforme a dereito e, se for o caso, anulará total ou parcialmente a disposición ou acto impugnado ou disporá que cese ou se modifique a actuación impugnada.
- b) Se se pretendese o recoñecemento e restablecemento dunha situación xurídica individualizada, recoñecerá a dita situación xurídica e adoptará cantas medidas sexan necesarias para o pleno restablecemento dela.
- c) Se a medida consiste na emisión dun acto ou na práctica dunha actuación xuridicamente obrigatoria, a sentenza poderá establecer prazo para que se cumpra a resolución.
- d) Se é estimada unha pretensión de resarcir danos e perdas, declararase, en todo caso, o dereito á reparación, e sinalarase, así mesmo, quen vén obrigado a indemnizar. A sentenza fixará tamén a contía da indemnización cando o pida expresamente o demandante e consten probados en autos elementos suficientes para isto. Noutro caso, estableceranse as

bases para a determinación da contía, cuxa definitiva concreción quedará diferida ao período de execución de sentenza.

Os órganos xurisdiccionais non poderán determinar a forma en que deben quedar redactados os preceptos dunha disposición xeral en substitución dos que anulasen nin poderán determinar o contido discrecional dos actos anulados (artigo 71). Tras esta afirmación debe verse unha toma de posición clara do lexislador a favor da división de poderes, que se torna moi dificultosa cando a controversia xudicial versa sobre unha actuación de contido discrecional, sexa a través dun acto desta natureza ou do precepto dunha disposición de carácter regulamentario.

O artigo 72 establece os efectos da sentenza estimatoria:

1º) A sentenza que declare a inadmisibilidade ou desestimación do recurso contencioso-administrativo só producirá efectos entre as partes.

2º) A anulación dunha disposición ou acto producirá efectos para todas as persoas afectadas. As sentenzas firmes que anulen unha disposición xeral terán efectos xerais desde o día en que sexa publicada a súa resolución e preceptos anulados no mesmo periódico oficial en que o fose a disposición anulada. Tamén se publicarán as sentenzas firmes que anulen un acto administrativo que afecte unha pluralidade indeterminada de persoas.

Debe terse en conta que o artigo 73 dispón que as sentenzas firmes que anulen un precepto dunha disposición xeral non afectarán por si mesmas a eficacia das sentenzas ou actos administrativos firmes que o aplicasen antes de que a anulación alcanzase efectos xerais, salvo no caso de que a anulación do precepto supoña a exclusión ou a redución das sancións aínda non executadas completamente.

3º) A estimación de pretensións de recoñecemento ou restablecemento dunha situación xurídica individualizada só producirá efectos entre as partes. Non obstante, tales efectos poderán estenderse a terceiros nos termos previstos nos artigos 110 e 111 (artigo 72).

8. Outros modos de terminación do proceso:

O proceso contencioso-administrativo non só pode terminar de forma normal, ditándose a sentenza. A doutrina adoita falar de terminación “anormal” para referirse a outros modos de finalizar o proceso. A continuación analízanse as condicións e requisitos establecidos na LXCA para os diversos casos regulados de terminación anormal.

a) Desistencia (artigo 74):

O recorrente poderá desistir do recurso en calquera momento anterior á sentenza.

Para que a desistencia do representante en xuízo produza efectos será necesario que o ratifique o recorrente ou que estea autorizado para isto. Se desiste a Administración pública, deberá presentarse testemuño do acordo adoptado polo órgano competente conforme os requisitos exixidos polas leis ou regulamentos respectivos.

O secretario xudicial dará traslado ás demais partes e, nos supostos de acción popular, ao Ministerio Fiscal, por prazo común de cinco días. Se prestan a súa conformidade coa desistencia ou non se opoñen a ela, ditará decreto en que declarará terminado o procedemento e ordenará o arquivamento dos autos e a devolución do expediente administrativo á oficina de procedencia.

Noutro caso, ou cando aprecie dano para o interese público, dará conta ao xuíz ou tribunal para que resolva o que proceda.

Se son varios os recorrentes, o procedemento continuará respecto daqueles que non desistisen.

A desistencia non implicará necesariamente a condena en custas.

Cando se desistise do recurso porque a Administración demandada recoñecese totalmente en vía administrativa as pretensións do demandante, e despois a Administración ditase un novo acto total ou parcialmente revogatorio do recoñecemento, o demandante poderá pedir que continúe o procedemento no estado en que se encontre, estendéndose ao acto revogatorio. Se o xuíz ou tribunal o estima conveniente, concederá ás partes un prazo común de dez días para que formulen por escrito alegacións complementarias sobre a revogación.

Desistido un recurso de apelación ou de casación, o secretario xudicial, sen máis trámites, declarará terminado o procedemento por decreto e ordenará o arquivamento dos autos e a devolución das actuacións recibidas ao órgano xurisdiccional de procedencia.

b) Conformidade coa demanda (artigo 75):

Os demandados poderán conformarse coa demanda cumprindo os requisitos exixidos no número 2 do artigo 74 (que o ratifique o recorrente ou que estea autorizado para isto; se desiste a Administración pública, deberá presentarse testemuño do acordo adoptado polo órgano competente conforme os requisitos exixidos polas leis ou regulamentos

respectivos).

Producida a conformidade coa demanda, o xuíz ou tribunal, sen máis trámites, ditará sentenza de conformidade coas pretensións do demandante, salvo se isto supuxer infracción manifesta do ordenamento xurídico, caso en que o órgano xurisdiccional comunicará ás partes os motivos que puidesen oporse á estimación das pretensións e oiraaas por prazo común de dez días, e ditará logo a sentenza que estime axustada a dereito.

De seren varios os demandados, o procedemento seguirá respecto daqueles que non se conformasen coa demanda.

c) Recoñecemento da pretensión en vía administrativa (artigo 76):

Se, interposto recurso contencioso-administrativo, a Administración demandada recoñece totalmente en vía administrativa as pretensións do demandante, calquera das partes poderá polo en coñecemento do xuíz ou tribunal, cando a Administración non o fixese.

O secretario xudicial mandará oír as partes por prazo común de cinco días e, logo de comprobación do alegado, o xuíz ou tribunal ditará auto en que declarará terminado o procedemento e ordenará o arquivamento do recurso e a devolución do expediente administrativo, se o recoñecemento non infrinxe manifestamente o ordenamento xurídico. Neste último caso, ditará sentenza axustada a dereito.

d) Conciliación (artigo 77):

Nos procedementos en primeira ou única instancia, o xuíz ou tribunal, de oficio ou por solicitude de parte, unha vez formuladas a demanda e a contestación, poderá someter á consideración das partes o recoñecemento de feitos ou documentos, así como a posibilidade de alcanzar un acordo que poña fin á controversia, cando o xuízo se promova sobre materias susceptibles de transacción e, en particular, cando verse sobre estimación de cantidade.

Os representantes das administracións públicas demandadas necesitarán a autorización oportuna para levar a efecto a transacción, consonte as normas que regulan a disposición da acción por parte deles.

O intento de conciliación non suspenderá o curso das actuacións salvo que todas as partes constituídas como parte o solicitasen, e poderá producirse en calquera momento anterior ao día en que o preito fose declarado conclusivo para sentenza.

Se as partes chegan a un acordo que implique a desaparición da controversia, o xuíz ou tribunal ditará auto declarando terminado o procedemento, sempre que o acordado non sexa manifestamente contrario ao ordenamento xurídico nin lesivo do interese público ou de terceiros.

II. PROCEDEMENTO ABREVIADO:

O procedemento abreviado regúlase integramente no artigo 78 LXCA e está reservado aos órganos unipersonais da xurisdición: os xulgados do contencioso-administrativo e os xulgados centrais do contencioso-administrativo. BLANQUER chama a atención sobre as pretensións de condena á Administración para que execute un acto firme (artigo 29.2) para sinalar que, en tal caso, o procedemento abreviado debe seguirse calquera que sexa o órgano xurisdiccional ante o que se formule a acción, unipersoal ou colexiado.

- Ámbito material: este proceso está reservado aos asuntos que se susciten en relación con:

- a) Cuestións de persoal ao servizo das administracións públicas;
- b) Estranxeiría;
- c) Inadmisión de peticións de asilo político;
- d) Asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaxe;
- e) As pretensións cuxa contía non supere os 13.000 euros.

- Fases do procedemento:

1º) Inicio: o recurso iniciárase por demanda, a que se xuntará o documento ou documentos en que o demandante funde o seu dereito e aqueles previstos para o procedemento ordinario no artigo 45 LXCA.

2º) Admisión: presentada a demanda, o secretario xudicial examinará a xurisdición e competencia obxectiva e ditará unha resolución en que ordena a admisión da demanda e o seu traslado ao demandado, cita as partes para a celebración da vista e ordena á Administración demandada que remita o expediente administrativo, ao menos con quince días de antelación respecto á data sinalada para a vista.

3º) Remisión do expediente: recibido o expediente administrativo, o secretario xudicial remitirallo ao demandante e aos interesados que se constituísen en parte para que poidan facer alegacións no acto da vista.

4º) Vista: comparecidas as partes, ou algunha delas, o xuíz declarará aberta a vista. Se as

partes non comparecen ou o fai só o demandado, o xuíz ou tribunal terá ao demandante por desistido do recurso e condenarao en custas, e se comparece só o demandante, acordará que prosiga a vista en ausencia do demandado.

A vista comezará con exposición polo demandante dos fundamentos do que pida ou ratificación dos expostos na demanda. Acto seguido, o demandado poderá formular as alegacións que ao seu dereito conveñan, comezando, se for o caso, polas cuestións relativas á xurisdición, á competencia obxectiva e territorial e a calquera outro feito ou circunstancia que poida obstar a válida prosecución e termo do proceso mediante sentenza sobre o fondo.

Oído o demandante sobre estas cuestións, o xuíz resolverá o que proceda, e se mandase proseguir o xuízo, o demandado poderá pedir que conste en acta a súa desconformidade. O mesmo poderá facer o demandante se o xuíz, ao resolver sobre algunha de ditas cuestións, declina o coñecemento do asunto en favor doutro xulgado ou tribunal ou entende que debe declarar a inadmisibilidade do recurso.

Se nas súas alegacións o demandado impugnase a adecuación do procedemento por razón da contía, o xuíz, antes de practicarse a proba ou, se for o caso, as conclusións, exhortará as partes a pórse de acordo sobre tal aspecto. Se non se alcanza o acordo, decidirá o xuíz, que dará ao proceso o curso procedemental que corresponda segundo a contía que el determine. Fronte á decisión do xuíz non se dará recurso ningún.

Se non se suscitan as cuestións procesuais a que se refiren os parágrafos anteriores ou se, suscitándose, as resolve o xuíz a continuación do xuízo, darase a palabra ás partes para fixar con claridade os feitos en que fundamenten as súas pretensións. Se non hai conformidade sobre eles, propóranse as probas e, unha vez admitidas as que non sexan impertinentes ou inútiles, practícaranse seguidamente.

Cando das alegacións das partes se desprenda a conformidade de todos os demandados coas pretensións do demandante, o carácter meramente xurídico da controversia, a ausencia de proposición da proba ou a inadmisibilidade de toda a proba proposta, e as partes non desexasen formular conclusións, o xuíz apreciará tal circunstancia no acto e, se ningunha parte se opón, ditará sentenza sen máis dilación.

Formulada oposición, o xuíz resolverá estimándoa, caso en que proseguirá a vista conforme o regulado nos puntos seguintes, ou desestimándoa na mesma sentenza que

dite conforme o previsto no parágrafo anterior, antes de resolver sobre o fondo, como especial pronunciamento.

Os medios de proba practicaranse nos xuízos abreviados, en canto non sexa incompatible cos seus trámites, do modo previsto para o xuízo ordinario.

As preguntas para a proba de interrogatorio de parte propóranse verbalmente, sen admisión de pregos.

Non se admitirán escritos de preguntas e repreguntas para a proba testifical. Cando o número de testemuñas sexa excesivo e, a criterio do órgano xudicial, as súas manifestacións poidan constituír inútil reiteración do testemuño sobre feitos suficientemente esclarecidos, aquel poderá limitalos discrecionalmente.

As testemuñas non poderán ser tachadas e, unicamente en conclusións, as partes poderán facer as observacións que sexan oportunas respecto das súas circunstancias persoais e da veracidade das súas manifestacións.

Na práctica da proba pericial non serán de aplicación as regras xerais sobre insaculación de peritos.

Contra as resolucións do xuíz sobre denegación de probas ou sobre admisión das que se denunciasen como obtidas con violación de dereitos fundamentais, as partes poderán interpor no acto recurso de súplica, que se substanciará e resolverá seguidamente.

Se o xuíz estima que algunha proba relevante non pode practicarse na vista, sen mala fe por parte de quen teña a carga de achegala, suspenderaa, e o secretario xudicial competente sinalará, no acto e sen necesidade de nova notificación, o lugar, día e hora en que deba restablecerse.

Tras a práctica da proba, se a houber, e, se for o caso, das conclusións, oídos os letrados, as persoas que sexan parte nos asuntos poderán, coa venia do xuíz, expor de palabra o que crean oportuno para a súa defensa á conclusión da vista, antes de dala por terminada.

5º) Sentenza: o xuíz ditará sentenza no prazo de dez días desde a celebración da vista.

En todo o demais, o procedemento abreviado réxese polas normas xerais da LXCA.

III. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN E REVISIÓN

1. Recurso de reposición contra providencias e autos (artigo 79 da LXCA)

Artigo 79

1. Contra as providencias e os autos non susceptibles de apelación ou casación poderá interperse recurso de reposición, sen prexuízo de que se levará a efecto a resolución impugnada, salvo que o órgano xurisdiccional, de oficio ou por instancia de parte, acorde o contrario.

2. Non é admisible o recurso de reposición contra as resolucións expresamente exceptuadas del nesta lei nin contra os autos que resolvan os recursos de reposición e os de aclaración.

3. O recurso de reposición interporase no prazo de cinco días contados desde o seguinte ao da notificación da resolución impugnada.

4. Interposto o recurso en tempo e forma, o secretario xudicial dará traslado das copias do escrito ás demais partes, por termo común de cinco días, co fin de que poidan impugnalos se o consideran conveniente. Transcorrido o dito prazo, o órgano xurisdiccional resolverá mediante auto dentro do terceiro día.

2. Recurso de apelación contra autos (artigo 80)

Artigo 80

1. Son apelables nun só efecto os autos ditados polos xulgados do contencioso-administrativo e os xulgados centrais do contencioso-administrativo en procesos de que coñezan en primeira instancia, nos seguintes casos:

- a)** Os que poñan termo á peza separada de medidas cautelares.
- b)** Os ditados en execución de sentenza.
- c)** Os que declaren a inadmisión do recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa continuación.
- d)** Os ditados sobre as autorizacións previstas no artigo 8.6 e nos artigos 9.2 e 122 bis.
- e)** Os ditados en aplicación dos artigos 83 e 84.

2. A apelación dos autos ditados polos xulgados do contencioso-administrativo e polos xulgados centrais do contencioso-administrativo nos supostos dos artigos 110 e 111 rexerase polo mesmo réxime de admisión da apelación que corresponda á sentenza cuxa extensión se pretende.

3. A tramitación dos recursos de apelación interpostos contra os autos dos xulgados do contencioso-administrativo e os xulgados centrais do contencioso-administrativo axustarase ao establecido na sección 2.^a deste capítulo.

3. Recurso ordinario de apelación (artigos 81-85)

Artigo 81

1. As sentenzas dos xulgados do contencioso-administrativo e dos xulgados centrais do contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se ditasen nos asuntos seguintes:

- a)** Aqueles cuxa contía non exceda os 30.000 euros.
- b)** Os relativos a materia electoral comprendidos no artigo 8º.4.

2. Serán sempre susceptibles de apelación as sentenzas seguintes:

- a)** As que declaren a inadmisibilidade do recurso no caso da letra a) do apartado anterior.
- b)** As ditadas no procedemento para a protección dos dereitos fundamentais da persoa.
- c)** As que resolvan litixios entre administracións públicas.
- d)** As que resolvan impugnacións indirectas de disposicións xerais.

Artigo 82

O recurso de apelación poderá interpoñer quen, segundo esta lei, se encontre lexitimado como parte demandante ou demandada.

Artigo 83

1. O recurso de apelación contra as sentenzas é admisible en ambos os efectos, salvo nos casos en que a presente lei dispoña outra cousa.

2. Non obstante o disposto no número anterior, o xuíz, en calquera momento, por instancia da parte interesada, poderá adoptar as medidas cautelares que sexan pertinentes para asegurar, de ser o caso, a execución da sentenza atendendo aos criterios establecidos no capítulo II do título VI.

Artigo 84

1. A interposición dun recurso de apelación non impedirá a execución provisional da sentenza impugnada.

As partes favorecidas pola sentenza poderán instar a súa execución provisional. Cando desta puidesen derivar prexuízos de calquera natureza, poderán acordarse as medidas que sexan adecuadas para evitar ou paliar os ditos prexuízos. Igualmente poderá exixirse a prestación de caución ou garantía para responder daqueles. Neste caso non poderá levar a cabo a execución provisional ata que a caución ou a medida acordada estea constituída e acreditada en autos.

2. A constitución da caución axustarase ao establecido no artigo 133.2.

3. Non se acordará a execución provisional cando sexa susceptible de producir situacións irreversibles ou prexuízos de imposible reparación.

4. Logo de audiencia das demais partes por prazo común de cinco días, o xuíz resolverá sobre a execución provisional no termo dos cinco días seguintes.

5. Cando quen inste a execución provisional sexa unha Administración pública, quedará exenta da prestación de caución.

Artigo 85

1. O recurso de apelación interporase ante o xulgado que ditase a sentenza que se apele, dentro dos quince días seguintes ao da súa notificación, mediante escrito razoado que deberá conter as alegacións en que se fundamente o recurso. Transcorrido o prazo de quince días sen interporse o recurso de apelación, o secretario xudicial declarará a firmeza da sentenza.

2. Se o escrito presentado cumpre os requisitos previstos no apartado anterior e se refire a unha sentenza susceptible de apelación, o secretario xudicial ditará resolución en que se

admita o recurso, contra a cal non caberá ningún recurso, e dará traslado deste ás demais partes para que, no prazo común de quince días, poidan formalizar a súa oposición. Noutro caso, porao en coñecemento do xuíz que, se o considera oportuno, denegará a admisión por medio de auto, contra o cal se poderá interpor recurso de queixa, que se substanciará na forma establecida na Lei de axuizamento civil.

3. Nos escritos de interposición do recurso e de oposición a este as partes poderán pedir o recibimento a proba para a práctica das que fosen denegadas ou non fosen debidamente practicadas en primeira instancia por causas que non lles sexan imputables. Nos ditos escritos, os funcionarios públicos, nos procesos a que se refire o artigo 23.3, designarán un domicilio para notificacións na sede da sala do contencioso-administrativo competente.

4. No escrito de oposición, a parte apelada, se entendese admitida indebidamente a apelación, deberá facelo constar. Nese caso o secretario xudicial dará vista á apelante, por cinco días, desta alegación. Tamén poderá o apelado, no mesmo escrito, adherirse á apelación, razoando os puntos en que crea que lle é prexudicial a sentenza, e neste caso o secretario dará traslado ao apelante do escrito de oposición por prazo de dez días, para o único efecto de que poida oporse á adhesión.

5. Transcorridos os prazos a que se refiren os apartados 2 e 4 anteriores, o xulgado elevará os autos e o expediente administrativo, en unión dos escritos presentados, e ordenarase o emprazamento das partes para a súa comparecencia no prazo de trinta días ante a sala do contencioso-administrativo competente, que resolverá, de ser o caso, o que proceda sobre a discutida admisión do recurso ou sobre o recibimento a proba.

6. Cando a sala estime procedente a proba solicitada, a súa práctica terá lugar con citación das partes.

7. As partes, nos escritos de interposición e de oposición ao recurso, poderán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusións ou que o preito sexa declarado concluso, sen máis trámites, para sentenza.

8. O secretario xudicial acordará a celebración de vista, caso en que fará o oportuno sinalamento, ou a presentación de conclusións se o solicitasen todas as partes ou se se practicasa proba. A sala tamén poderá acordar que se celebre vista, que sinalará o secretario, ou que se presenten conclusións escritas cando o estimar necesario, atendida a

índole do asunto. Será de aplicación a estes trámites o disposto nos artigos 63 a 65.

Celebrada a vista ou presentadas as conclusións, o secretario xudicial declarará que o preito quedou concluído para sentenza.

9. A sala ditará sentenza no prazo de dez días desde a declaración de que o preito está concluído para sentenza.

10. Cando a sala revogue en apelación a sentenza impugnada que declarase a inadmisibilidade do recurso contencioso-administrativo, resolverá ao mesmo tempo sobre o fondo do asunto.

4. Recurso de casación (artigos 86-95)

Artigo 86. OBXECTO DO RECURSO. SENTENZAS IMPUGNABLES

1. As sentenzas ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza serán susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo.

2. Exceptúanse do establecido no apartado anterior:

a) As sentenzas que se refiran a cuestións de persoal ao servizo das administracións públicas, salvo que afecten o nacemento ou a extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira.

b) As ditadas, calquera que for a materia, en asuntos cuxa contía non exceda os 600.000 euros, excepto cando se trate do procedemento especial para a defensa dos dereitos fundamentais; neste caso procederá o recurso calquera que sexa a contía do asunto litixioso.

c) As ditadas no procedemento para a protección do dereito fundamental de reunión a que se refire o artigo 122.

d) As ditadas en materia electoral.

3. Caberá en todo caso recurso de casación contra as sentenzas da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza que declaren nula ou conforme dereito unha disposición de carácter xeral.

4. As sentenzas que, sendo susceptibles de casación por aplicación dos apartados precedentes, fosen ditadas polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza só serán impugnables en casación se o recurso pretende fundarse en infracción de normas de dereito estatal ou comunitario europeo que sexa relevante e determinante da decisión contra a cal se recorre, sempre que fosen invocadas oportunamente no proceso ou consideradas pola sala sentenciadora.

5. As resolucións do Tribunal de Contas en materia de responsabilidade contable serán susceptibles de recurso de casación nos casos establecidos na súa lei de funcionamento.

Artigo 87. AUTOS IMPUGNABLES

1. Tamén son susceptibles de recurso de casación, nos mesmos supostos previstos no artigo anterior, os autos seguintes:

a) Os que declaren a inadmisión do recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa continuación.

b) Os que poñan termo á peza separada de suspensión ou doutras medidas cautelares.

c) Os ditados en execución de sentenza, sempre que resolvan cuestións non decididas, directa ou indirectamente, naquela ou que contradigan os termos da decisión que se executa.

d) Os ditados no caso previsto no artigo 91.

2. Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, os autos ditados en aplicación dos artigos 110 e 111.

3. Para que poida prepararse o recurso de casación nos casos previstos nos apartados anteriores, é requisito necesario interpor previamente o recurso de reposición.

Artigo 88. MOTIVOS DO RECURSO DE CASACIÓN

1. O recurso de casación deberá fundarse nalgún ou nalgúns dos seguintes motivos:

a) Abuso, exceso ou defecto no exercicio da xurisdición.

b) Incompetencia ou inadecuación do procedemento.

c) Quebrantamento das formas esenciais do xuízo por infracción das normas reguladoras

da sentenza ou das que rexen os actos e garantías procesuais, sempre que, neste último caso, se producise indefensión para a parte.

d) Infracción das normas do ordenamento xurídico ou da xurisprudencia que fosen aplicables para resolver as cuestións obxecto de debate.

2. A infracción das normas relativas aos actos e garantías procesuais que produza indefensión só poderá alegarse cando se pediu a emenda da falta ou transgresión na instancia, de existir momento procesual oportuno para iso.

3. Cando o recurso se funde no motivo previsto na letra d) do apartado 1 deste artigo, o Tribunal Supremo poderá integrar nos feitos admitidos como probados polo tribunal de instancia aqueles que, tras seren omitidos por este, estean suficientemente xustificados segundo as actuacións e cuxa toma en consideración resulte necesaria para apreciar a infracción alegada das normas do ordenamento xurídico ou da xurisprudencia, incluso a desviación de poder.

Artigo 89. PREPARACIÓN DO RECURSO

1. O recurso de casación prepararase ante a sala que ditase a resolución impugnada no prazo de dez días, contados desde o seguinte ao da notificación daquela, mediante escrito no cal se deberá manifestar a intención de interpor o recurso, con sucinta exposición da concorrencia dos requisitos de forma exixidos.

2. No suposto previsto no artigo 86.4, deberá xustificarse que a infracción dunha norma estatal ou comunitaria europea foi relevante e determinante da decisión da sentenza.

3. O recurso de casación poderao interpor quen fose parte no procedemento a que se contraía a sentenza ou resolución impugnada.

4. Transcorrido o prazo de dez días sen prepararse o recurso de casación, a sentenza ou resolución quedará firme, e así o declarará o secretario xudicial mediante decreto.

Artigo 90

1. Se o escrito de preparación cumpre os requisitos previstos no artigo anterior, e se refire a unha resolución susceptible de casación, o secretario xudicial terá por preparado o recurso. Noutro caso, dará conta á sala para que resolva o que proceda.

Se se tivese por preparado o recurso, o secretario xudicial emprazará as partes para a súa comparecencia e interposición do recurso dentro do prazo de trinta días ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo. Logo de practicar os emprazamentos, remitirá os autos orixinais e o expediente administrativo dentro dos cinco días seguintes.

2. Se non se tivese por preparado, a sala ditará auto motivado en que denegue o emprazamento das partes e a remisión das actuacións ao Tribunal Supremo. Contra este auto unicamente se poderá interpor recurso de queixa, que se substanciará na forma establecida pola Lei de axuízamento civil.

3. Contra a resolución en que se teña por preparado o recurso de casación, a parte impugnada non poderá interpor ningún recurso, pero poderá oporse á súa admisión ao tempo de comparecer ante o Tribunal Supremo, se o fixer dentro do termo do emprazamento.

Artigo 91. EXECUCIÓN PROVISIONAL: CARÁCTER NON SUSPENSIVO

1. A preparación do recurso de casación non impedirá a execución provisional da sentenza impugnada.

As partes favorecidas pola sentenza poderán instar a súa execución provisional. Cando desta puidesen derivar prexuízos de calquera natureza, poderán acordarse as medidas que sexan adecuadas para evitar ou paliar os ditos prexuízos. Igualmente poderá exixirse a presentación de caución ou garantía para responder daqueles. Non se poderá levar a efecto a execución provisional ata que a caución ou a medida acordada estea constituída e acreditada en autos.

2. A constitución da caución axustarase ao establecido no artigo 133.2.

3. O xuíz ou tribunal denegará a execución provisional cando poida crear situacións irreversibles ou causar prexuízos de difícil reparación.

4. Cando se teña por preparado un recurso de casación, o secretario xudicial deixará testemuño bastante dos autos e da resolución impugnada para os efectos previstos neste artigo.

Artigo 92. INTERPOSICIÓN DO RECURSO

- 1.** Dentro do termo do emprazamento, o recorrente deberá comparecer e formular ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo o escrito de interposición do recurso, no cal se expresará razoadamente o motivo ou motivos en que se ampare, con citación das normas ou da xurisprudencia que considere infrinxidas.
- 2.** Transcorrido o dito prazo sen presentar o escrito de interposición, o secretario xudicial declarará deserto o recurso, e ordenará a devolución das actuacións recibidas á sala de que procedan.
- 3.** Se o recorrente for o defensor da Administración ou o Ministerio Fiscal, en canto se reciban os autos ditarase dilixencia de ordenación e daráselles traslado por prazo de trinta días para que manifesten se sosteñen ou non o recurso e, en caso afirmativo, formulen o escrito de interposición axustado ao que prevén o apartado 1 deste artigo.
- 4.** Se o recurso non se sostivese ou non se formulase o escrito de interposición no prazo antes sinalado, declararao deserto o secretario xudicial.

Artigo 93

- 1.** Interposto o recurso de casación, o secretario xudicial pasará as actuacións ao maxistrado relator para que se instrúa e someta á deliberación da sala o que se deba resolver sobre a admisión ou inadmisión do recurso interposto.
- 2.** A sala ditará auto de inadmisión nos seguintes casos:
 - a)** Se, a pesar de se ter por preparado o recurso, se apreciar neste trámite que non se observaron os requisitos exixidos ou que a resolución contra a cal se recorre non é susceptible de recurso de casación. Para estes efectos, a sala poderá rectificar fundadamente a contía inicialmente fixada, de oficio ou por instancia da parte impugnada, se esta o solicita dentro do termo do emprazamento.
 - b)** Se o motivo ou motivos invocados no escrito de interposición do recurso non están comprendidos entre os que se relacionan no artigo 88; se non se citan as normas ou a xurisprudencia que se reputan infrinxidas; se as citas feitas non gardan ningunha relación coas cuestións debatidas; ou se, sendo necesario ter pedido a corrección da falta, non hai constancia de que se fixo.
 - c)** Se se desestimasen no fondo outros recursos substancialmente iguais.

- d)** Se o recurso carece manifestamente de fundamento.
- e)** Nos asuntos de contía indeterminada que non se refiran á impugnación directa ou indirecta dunha disposición xeral, se o recurso estivese fundado no motivo do artigo 88.1.d) e se apreciase que o asunto carece de interese casacional por non afectar un gran número de situacións ou non posuír o suficiente contido de xeneralidade.
- 3.** A sala, antes de resolver, porá de manifesto sucintamente a posible causa de inadmisión do recurso ás partes comparecentes por prazo de dez días para que formulen as alegacións que estimen procedentes.
- 4.** Se a sala considera que concorre algunha das causas de inadmisión, ditará auto motivado en que declare a inadmisión do recurso e a firmeza da resolución impugnada. Se a inadmisión non fose de todos os motivos aducidos, ditará tamén auto motivado, e continuará a tramitación do recurso respecto dos motivos non afectados polo auto de inadmisión parcial. Para declarar a inadmisión do recurso por calquera das causas previstas nas letras c), d) e e) do apartado 2 será necesario que o auto se dite por unanimidade.
- 5.** A inadmisión do recurso, cando sexa total, comportará a imposición das custas ao recorrente, salvo se o é exclusivamente pola causa prevista na letra e) do apartado 2.
- 6.** Contra os autos a que se refire este artigo non se dará ningún recurso.

Artigo 94. ESCRITO DE OPOSICIÓN AO RECURSO DE CASACIÓN

1. De admitirse o recurso por todos ou algún dos seus motivos, o secretario xudicial entregará copia deste á parte ou partes contra as cales se recorreu e que compareceron para que formalicen por escrito a súa oposición no prazo común de trinta días. Durante o dito prazo estarán de manifesto as actuacións na oficina xudicial.

No escrito de oposición poderanse alegar causas de inadmisibilidade do recurso, sempre que non fosen rexeitadas polo tribunal no trámite establecido no artigo 93.

2. Transcorrido o prazo, presentásen-se ou non escritos de oposición, o secretario xudicial sinalará día e hora para a celebración da vista de acordalo así a sala ou, de non ser así, declarará que o preito está concluso para sentenza.

3. Procederá a celebración de vista cando o pidan todas as partes ou a sala o estime necesario, atendida a índole do asunto. A solicitude de vista formularase por outrosí nos escritos de interposición do recurso e de oposición a este.

4. A sala ditará sentenza no prazo de dez días desde a celebración da vista ou a declaración de que o preito está concluído para sentenza.

Artigo 95. SENTENZA QUE RESOLVA O RECURSO DE CASACIÓN

1. A sentenza que resolva o recurso de casación poderá declarar a súa inadmisibilidade se concorre algún dos motivos previstos no artigo 93.2.

2. Se se estimar o recurso por todos ou algún dos motivos aducidos, a sala, nunha soa sentenza, casando a impugnada, resolverá conforme dereito, tendo en conta o seguinte:

a) De estimarse polo motivo do artigo 88.1.a), anularase a sentenza ou resolución impugnada, e indicarse a concreta orde xurisdiccional que se estima competente ou resolverase o asunto, segundo corresponda.

No primeiro caso, será aplicable o disposto no artigo 5.3.

b) De estimarse polo motivo do artigo 88.1.b), remitiranse as actuacións ao órgano xurisdiccional competente para que resolva, ou repóranse ao estado e momento exixidos polo procedemento adecuado para a súa substanciación, salvo que, pola aplicación das súas normas específicas, o dito procedemento adecuado non se poida seguir.

c) De estimarse a existencia das infraccións procesuais mencionadas no motivo do artigo 88.1.c), mandarase repor as actuacións ao estado e momento en que se incorreu na falta, salvo se a infracción consistise en vulneración das normas reguladoras da sentenza; neste caso observarase o disposto na seguinte letra d).

d) Nos demais casos, a sala resolverá o que corresponda dentro dos termos en que aparece presentado o debate.

3. Na sentenza que declare que procede o recurso, a sala resolverá en canto ás custas da instancia conforme o establecido no artigo 139.

5. Recurso de casación para a unificación de doutrina (artigos 96-99)

Esta “variedade” do recurso de casación ten por finalidade unificar a xurisprudencia e

eliminar a existencia de decisións distintas para casos iguais. Trátase de lograr que os tribunais sigan criterios homoxéneos e de evitar que se produzan situacións contrarias aos principios de seguridade xurídica e de igualdade (BLANQUER).

Artigo 96. OBXECTO DO RECURSO

1. Poderá interperse recurso de casación para a unificación de doutrina contra as sentenzas ditadas en única instancia polas salas do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, Audiencia Nacional e tribunais superiores de xustiza cando, respecto dos mesmos litigantes ou outros diferentes en idéntica situación e, en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos.

2. Tamén son impugnables por este mesmo concepto as sentenzas da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza ditadas en única instancia cando a contradición se produza con sentenzas do Tribunal Supremo nas mesmas circunstancias sinaladas no apartado anterior.

3. Só serán susceptibles de recurso de casación para a unificación de doutrina aquelas sentenzas que non sexan impugnables en casación conforme o establecido na letra b) do artigo 86.2, sempre que a contía litixiosa sexa superior a 30.000 euros.

4. En ningún caso serán impugnables as sentenzas a que se refire o artigo 86.2.a), c) e d), nin as que quedan excluídas do recurso de casación no artigo 86.4.

5. Do recurso de casación para a unificación de doutrina previsto neste artigo coñecerá, dentro da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, a sección que corresponda de acordo coas regras xerais de organización da mesma sala.

6. Porén, cando se trate de sentenzas ditadas en única instancia polo Tribunal Supremo, do recurso coñecerá unha sección composta polo presidente do Tribunal Supremo, o da Sala do Contencioso-Administrativo e cinco maxistrados desta mesma sala, que serán os dous máis antigos e os tres máis modernos.

7. Deste recurso coñecerá a sección a que se refire o apartado anterior cando a sentenza do Tribunal Supremo que se cite como infrinxida proveña, e así o faga constar o recorrente no escrito de preparación, dunha sección distinta daquela á cal corresponda coñecer de

acordo co disposto no apartado 5 deste artigo.

Artigo 97. REQUISITOS PARA A SÚA INTERPOSICIÓN

1. O recurso de casación para a unificación de doutrina interporase directamente ante a sala sentenciadora no prazo de trinta días, contados desde o seguinte á notificación da sentenza, mediante escrito razoado que deberá conter relación precisa e circunstanciada das identidades determinantes da contradición alegada e a infracción legal que se imputa á sentenza impugnada.

2. A este escrito xuntarase certificación da sentenza ou sentenzas alegadas con mención da súa firmeza ou, na súa falta, copia simple do seu texto e xustificación documental de solicitarse aquela; neste caso o secretario xudicial reclamaraa de oficio. Se a sentenza foi publicada conforme o disposto no artigo 72.2, bastará con indicar o diario oficial en que apareza publicada.

3. Se o escrito de interposición cumpre os requisitos previstos nos apartados anteriores e se refire a unha sentenza susceptible de casación para a unificación da doutrina, o secretario xudicial admitirá o recurso. Noutro caso, dará conta á sala para que resolva o que proceda.

Admitido o recurso, o secretario xudicial dará traslado deste, con entrega de copia, á parte ou partes contra as cales se recorreu para que formalicen por escrito a súa oposición no prazo de trinta días, e quedarán namentres de manifesto as actuacións na oficina xudicial. O traslado do recurso á parte ou partes contra as cales se recorre exixirá, de ser o caso, que previamente se trouxese aos autos a certificación reclamada.

4. Se non se admitise o recurso ditarase auto motivado, pero antes de resolver a sala porá de manifesto sucintamente a posible causa de inadmisión ás partes, no prazo común de cinco días, para que formulen as alegacións que consideren procedentes. Contra o auto de inadmisión poderá interporse recurso de queixa, que se substanciará conforme o establecido na Lei de axuizamento civil.

5. Nos escritos de interposición do recurso e de oposición a este poderán as partes pedir a celebración de vista.

6. Presentado o escrito ou escritos de oposición ao recurso, ou transcorrido o prazo para

iso, a sala sentenciadora elevará os autos e o expediente administrativo á Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, e ordenarase o emprazamento das partes para a súa comparecencia no prazo de trinta días.

7. A substanciación e resolución do recurso de casación para a unificación de doutrina, en todo o non previsto nos artigos anteriores, adecuarase ao establecido na sección anterior en canto resulte aplicable.

Artigo 98

1. Os pronunciamentos do Tribunal Supremo ao resolver os recursos de casación para a unificación de doutrina en ningún caso afectarán as situacións xurídicas creadas polas sentenzas precedentes á impugnada.

2. Se a sentenza declara que procede o recurso, casará a impugnada e resolverá o debate presentado con pronunciamentos axustados a dereito, e modificará as declaracións efectuadas e as situacións creadas pola sentenza impugnada.

Artigo 99. Especialidade

1. Son susceptibles de recurso de casación para a unificación de doutrina as sentenzas das salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza, se existen varias destas salas ou a sala ou salas teñen varias seccións, cando, respecto dos mesmos litigantes ou outros diferentes en idéntica situación e, en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos. Este recurso só poderá fundarse en infracción de normas emanadas da comunidade autónoma.

2. Este recurso unicamente procederá contra sentenzas que non sexan susceptibles de recurso de casación ou de recurso de casación para a unificación de doutrina por aplicación exclusiva do previsto no artigo 86.4 e cando a contía litixiosa supere os 30.000 euros.

3. Do recurso de casación para a unificación de doutrina coñecerá unha sección da sala do contencioso-administrativo que teña a súa sede no Tribunal Superior de Xustiza composta polo presidente da dita sala, que a presidirá, polo presidente ou presidentes das demais salas do contencioso-administrativo e, de ser o caso, das súas seccións, en número non superior a dúas, e polos maxistrados da referida sala ou salas que fosen necesarios para

completar un total de cinco membros.

Se a sala ou salas do contencioso-administrativo tivesen máis dunha sección, a Sala de Goberno do Tribunal Superior de Xustiza establecerá para cada ano xudicial a quenda conforme a que os presidentes de sección ocuparán os postos da regulada neste apartado. Tamén o establecerá entre todos os maxistrados que presten servizo na sala ou salas.

4. No referente a prazos, procedemento para a substanciación deste recurso e efectos da sentenza rexerá o establecido nos artigos 97 e 98 coas adaptacións necesarias.

6. Recurso de casación en interese da lei (artigos 100-101)

En palabras de BLANQUER, mentres que a finalidade perseguida polo recurso de casación que acaba de analizarse é “unificar” a xurisprudencia, o obxectivo neste caso é “corrixir” unha xurisprudencia gravemente danosa para o interese xeral.

Artigo 100

1. OBXECTO: as sentenzas ditadas en única instancia polos xuíces do contencioso-administrativo e as pronunciadas polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza e da Audiencia Nacional que non sexan susceptibles dos recursos de casación a que se refiren as dúas seccións anteriores poderán ser impugnadas pola Administración pública territorial que teña interese lexítimo no asunto e polas entidades ou corporacións que teñan a representación e defensa de intereses de carácter xeral ou corporativo e tivesen interese lexítimo no asunto, polo Ministerio Fiscal e pola Administración xeral do Estado, en interese da lei, mediante un recurso de casación, cando consideren gravemente danosa para o interese xeral e errónea a resolución ditada.

2. LÍMITE: unicamente poderá axuizarse a través deste recurso a correcta interpretación e aplicación de normas emanadas do Estado que fosen determinantes da decisión impugnada.

3. REQUISITOS DE INTERPOSICIÓN: o recurso interporase no prazo de tres meses, directamente ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, mediante escrito razoado no cal se fixará a doutrina legal que se postule, e xuntarase copia certificada da sentenza impugnada na cal deberá constar a data da súa notificación. Se non se cumpren estes requisitos ou o recurso fose extemporáneo, a sala ordenará de

plano o seu arquivamento.

4. TRAMITACIÓN: interposto o recurso en tempo e forma, o secretario xudicial do Tribunal Supremo reclamará os autos orixinais ao órgano xurisdiccional sentenciador e mandará emprazar cantos fosen parte neles, para que no prazo de quince días comparezan no recurso.

5. Do escrito de interposición do recurso o secretario dará traslado, con entrega de copia, ás partes comparecentes para que no prazo de trinta días formulen as alegacións que consideren procedentes, e namentres poñeránselles de manifesto as actuacións na oficina xudicial. Este traslado entenderase sempre co defensor da Administración cando non for recorrente.

6. Transcorrido o prazo de alegacións, presentáranse ou non escritos, e logo audiencia do Ministerio Fiscal por prazo de dez días, o Tribunal Supremo ditará sentenza. Á tramitación e resolución destes recursos darase carácter preferente.

7. SENTENZA: a sentenza que se dite respectará, en todo caso, a situación xurídica particular derivada da sentenza impugnada e, cando for estimatoria, fixará na decisión a doutrina legal. Neste caso, publicarase no «Boletín Oficial del Estado», e a partir da súa inserción nel vinculará a todos os xuíces e tribunais inferiores en grao desta orde xurisdiccional.

Artigo 101

1. As sentenzas ditadas en única instancia polos xuíces do contencioso-administrativo contra as cales non se pode interpor o recurso previsto no artigo anterior poderán ser impugnadas pola Administración pública territorial que teña interese lexítimo no asunto e polas entidades ou corporacións que teñan a representación e defensa de intereses de carácter xeral ou corporativo e tivesen interese lexítimo no asunto, polo Ministerio Fiscal e pola Administración da comunidade autónoma, en interese da lei, mediante un recurso de casación, cando consideren gravemente danosa para o interese xeral e errónea a resolución ditada.

2. Unicamente poderá axuizarse a través deste recurso a correcta interpretación e aplicación de normas emanadas da comunidade autónoma que fosen determinantes da

decisión impugnada.

3. Deste recurso de casación en interese da lei coñecerá a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza e, cando conte con máis dunha, a sección da sala que teña a súa sede no dito tribunal a que se refire o artigo 99.3.

4. No referente a prazos, procedemento para a substanciación deste recurso e efectos da sentenza rexerá o establecido no artigo anterior coas adaptacións necesarias. A publicación da sentenza, de ser o caso, terá lugar no «boletín oficial» da comunidade autónoma e a partir da súa inserción nel vinculará todos os xuíces do contencioso-administrativo con sede no territorio a que estende a súa xurisdición o Tribunal Superior de Xustiza.

7. Recurso de revisión (artigo 102)

Da revisión de sentenza

Artigo 102

1. Obxecto: procederá a revisión dunha sentenza firme:

a) Se despois de pronunciada se recobraren documentos decisivos, non achegados por causa de forza maior ou por obra da parte en cuxo favor se ditase.

b) Se se ditase en virtude de documentos que, ao tempo de ditarse aquela, ignoraba unha das partes que foron recoñecidos e declarados falsos ou cuxa falsidade se recoñecese ou declarase despois.

c) Se, ditándose en virtude de proba testifical, as testemuñas fosen condenadas por falso testemuño dado nas declaracións que serviron de fundamento á sentenza.

d) Se se ditase sentenza en virtude de suborno, prevaricación, violencia ou outra maquinación fraudulenta.

2. Así mesmo, poderase interpor recurso de revisión contra unha resolución xudicial firme cando o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos declarase que a dita resolución foi ditada en violación dalgún dos dereitos recoñecidos no Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e liberdades fundamentais e os seus protocolos, sempre que a violación, pola súa natureza e gravidade, entrañe efectos que persistan e non poidan cesar de

ningún outro modo que non sexa mediante esta revisión, sen que esta poida prexudicar os dereitos adquiridos de boa fe por terceiras persoas.

3. Lexitimación: no referente a lexitimación, prazos, procedemento e efectos das sentenzas ditadas neste procedemento de revisión, rexerán as disposicións da Lei de axuixamento civil. Non obstante, só procederá a celebración de vista cando o pidan todas as partes ou a sala o estime necesario.

4. A revisión en materia de responsabilidade contable procederá nos casos establecidos na Lei de funcionamento do Tribunal de Contas.

Recursos contra as resolucións do secretario xudicial

Artigo 102 bis

1. Contra as dilixencias de ordenación e decretos non definitivos do secretario xudicial caberá recurso de reposición ante o secretario que ditou a resolución impugnada, excepto nos casos en que a lei prevexa recurso directo de revisión.

O recurso de reposición interporase no prazo de cinco días contado desde o seguinte ao da notificación da resolución impugnada.

Se non se cumprisen os requisitos establecidos no parágrafo anterior, inadmitirase mediante decreto directamente impugnable en revisión.

Interposto o recurso en tempo e forma, o secretario xudicial dará traslado das copias do escrito ás demais partes, por termo común de tres días, co fin de que poidan impugnalo se o consideran conveniente. Transcorrido o dito prazo, o secretario xudicial resolverá mediante decreto dentro do terceiro día.

2. Contra o decreto resolutivo da reposición non se dará ningún recurso, sen prexuízo de reproducir a cuestión ao recorrer, se for procedente, contra a resolución definitiva.

Caberá recurso directo de revisión contra os decretos polos que se poña fin ao procedemento ou impidan a súa continuación. O dito recurso carecerá de efectos suspensivos sen que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario ao que se resolveu.

Caberá interpor igualmente recurso directo de revisión contra os decretos naqueles casos

en que expresamente se prevexa.

O Pleno do TC, por providencia do 8 de outubro 2013, acordou admitir a trámite a cuestión de inconstitucionalidade número 5344-2013, en relación co artigo 102 bis, apartado 2, da presente lei.

3. O recurso de revisión deberá interporse no prazo de cinco días mediante escrito no cal se deberá citar a infracción en que a resolución incorrese.

Cumpridos os anteriores requisitos, o secretario xudicial, mediante dilixencia de ordenación, admitirá o recurso e concederá ás demais partes que compareceron un prazo común de cinco días para impugnalos, se o consideran conveniente.

Se non se cumprisen os requisitos de admisibilidade do recurso, o xulgado ou tribunal inadmitirao mediante providencia.

Transcorrido o prazo para impugnación, presentárense ou non escritos, o xulgado ou tribunal resolverá sen máis trámites, mediante auto, nun prazo de cinco días.

Contra as resolucións sobre admisión ou inadmisión non caberá ningún recurso.

4. Contra o auto ditado que resolverse o recurso de revisión unicamente caberá recurso de apelación e de casación nos supostos previstos nos artigos 80 e 87 desta lei, respectivamente.

IV. EXECUCIÓN DE SENTENZAS

Empregando palabras da exposición de motivos da LXCA, “a lei realizou un importante esforzo para incrementar as garantías de execución das sentenzas, *desde sempre unha das zonas grises do noso sistema contencioso-administrativo*. O punto de partida reside na imperiosa obriga de cumprir as resolucións xudiciais e colaborar na execución do resolto, que a Constitución (en diante CE) prescribe, e na potestade dos órganos xudiciais de facer executar o xulgado, que a propia CE lles atribue”.

En efecto, a suma dos artigos 1, 24.1, 106 e 117 da CE só podía abocar a unha regulación que abordase con decisión a posta á disposición de xuíces e tribunais da execución das resolucións xudiciais. Son prescricións –di a exposición de motivos– “que entroncan directamente co dereito á tutela xudicial efectiva, xa que, como vén sinalando a

xurisprudencia, ese dereito non se satisfai mediante unha xustiza meramente teórica, senón que supón o dereito á execución puntual do decidido nos seus propios termos. A negativa, expresa ou implícita, a cumprir unha resolución xudicial constitúe un atentado á CE fronte ao que non caben escusas". Porén, na práctica a execución de sentenzas continúa sendo unha das grandes aspiracións e, ao propio tempo, unha das maiores frustracións do Estado de dereito.

Esta materia está regulada nos artigos 103 e seguintes da LXCA, tal e como se expón a continuación:

Artigo 103. Principios xerais que rexen a execución

1. Competencia: a potestade de facer executar as sentenzas e demais resolucións xudiciais corresponde exclusivamente aos xulgados e tribunais desta orde xurisdicional, e o seu exercicio compete a quen coñecese do asunto en primeira ou única instancia.

2. Obrigación das partes: as partes están obrigadas a cumprir as sentenzas na forma e termos que nelas se consignen.

3. Todas as persoas e entidades públicas e privadas están obrigadas a prestar a colaboración requirida polos xuíces e tribunais do contencioso-administrativo para a debida e completa execución do resolto.

4. Nulidade de actos contrarios a pronunciamento xudicial: serán nulos de pleno dereito os actos e disposicións contrarios aos pronunciamentos das sentenzas que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento.

5. O órgano xurisdicional a quen corresponda a execución da sentenza declarará, por instancia de parte, a nulidade dos actos e disposicións a que se refire o apartado anterior, por medio dos trámites previstos nos apartados 2 e 3 do artigo 109, salvo que carecese de competencia para iso conforme o disposto nesta lei.

Artigo 104

1. Execución voluntaria: despois de que sexa firme unha sentenza, o secretario xudicial comunicaráo no prazo de dez días ao órgano que realizase a actividade obxecto do recurso, co fin de que, recibida a comunicación, a leve a puro e debido efecto e practique o que exixa o cumprimento das declaracións contidas na decisión, e no mesmo prazo

indique o órgano responsable do cumprimento daquel.

2. Execución forzosa: transcorridos dous meses a partir da comunicación da sentenza ou o prazo fixado nesta para o cumprimento da decisión conforme o artigo 71.1.c), calquera das partes e persoas afectadas poderá instar a súa execución forzosa.

3. Atendendo á natureza do reclamado e á efectividade da sentenza, esta poderá fixar un prazo inferior para o cumprimento, cando o disposto no apartado anterior o faga ineficaz ou cause grave prexuízo.

Artigo 105. Imposibilidade de execución

1. Non poderá suspenderse o cumprimento nin declararse a inexecución total ou parcial da decisión.

2. Se concorresen causas de imposibilidade material ou legal de executar unha sentenza, o órgano obrigado ao seu cumprimento manifestarallo á autoridade xudicial a través do representante procesual da Administración, dentro do prazo previsto no apartado segundo do artigo anterior, co fin de que, con audiencia das partes e daqueles que considere interesados, o xuíz ou tribunal aprecie a concorrencia ou non das ditas causas e adopte as medidas necesarias que aseguren a maior efectividade da executoria, e fixará, de ser o caso, a indemnización que proceda pola parte en que non poida ser obxecto de cumprimento pleno.

3. Son causas de utilidade pública ou de interese social para expropiar os dereitos ou intereses lexítimos recoñecidos fronte á Administración nunha sentenza firme o perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, o temor fundado de guerra ou o quebranto da integridade do territorio nacional. A declaración da concorrencia dalgunha das causas citadas faraa o Goberno da Nación; poderá tamén efectuala o Consello de Goberno da comunidade autónoma cando se trate de perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns e o acto, actividade ou disposición impugnados proviñese dos órganos da Administración da dita comunidade ou das entidades locais do seu territorio, así como das entidades de dereito público e corporacións dependentes dunha e doutras.

A declaración de concorrencia dalgunha das causas mencionadas no parágrafo anterior

deberá efectuarse dentro dos dous meses seguintes á comunicación da sentenza. O xuíz ou tribunal a quen competa a execución sinalará, polo trámite dos incidentes, a correspondente indemnización e, se a causa alegada fose a de perigo certo de alteración grave do libre exercicio dos dereitos e liberdades dos cidadáns, apreciará, ademais, a concorrencia do dito motivo.

Artigo 106. Execución contra a Administración pública

1. Cando a Administración for condenada ao pagamento de cantidade líquida, o órgano encargado do seu cumprimento acordará o pagamento con cargo ao crédito correspondente do seu orzamento, que terá sempre a consideración de ampliable. Se para o pagamento fose necesario realizar unha modificación orzamentaria, deberá concluírse o procedemento correspondente dentro dos tres meses seguintes ao día de notificación da resolución xudicial.

2. Á cantidade a que se refire o apartado anterior engadirase o xuro legal do diñeiro, calculado desde a data de notificación da sentenza ditada en única ou primeira instancia.

3. Non obstante o disposto no artigo 104.2, transcorridos tres meses desde que a sentenza firme sexa comunicada ao órgano que deba cumprila, poderase instar a execución forzosa. Neste suposto, a autoridade xudicial, oído o órgano encargado de facela efectiva, poderá incrementar en dous puntos o xuro legal que se devindicará, sempre que apreciase falta de dilixencia no cumprimento.

4. Se a Administración condenada ao pagamento de cantidade considerase que o cumprimento da sentenza habería de producir trastorno grave á súa facenda, porao en coñecemento do xuíz ou tribunal xunto cunha proposta razoada para que, oídas as partes, se resolva sobre o modo de executar a sentenza na forma que sexa menos gravosa para aquela.

5. O disposto nos apartados anteriores será de aplicación, así mesmo, aos supostos en que se leve a efecto a execución provisional das sentenzas conforme esta lei.

6. Calquera das partes poderá solicitar que a cantidade que se deba satisfacer se compense con créditos que a Administración teña contra o recorrente.

Artigo 107

1. Se a sentenza firme anulase total ou parcialmente o acto impugnado, o secretario xudicial disporá, por instancia de parte, a inscrición da decisión da sentenza nos rexistros públicos a que tivese acceso o acto anulado, así como a súa publicación nos boletíns oficiais ou privados, se concorrer causa bastante para iso, por conta da parte executada. Cando a publicación sexa en boletíns privados, deberase acreditar ante o órgano xurisdiccional un interese público que o xustifique.

2. Se a sentenza anulase total ou parcialmente unha disposición xeral ou un acto administrativo que afecte unha pluralidade indeterminada de persoas, o secretario do órgano xudicial ordenará a súa publicación nun diario oficial no prazo de dez días contados desde a firmeza da sentenza.

Artigo 108

1. Se a sentenza condenar a Administración a realizar unha determinada actividade ou a ditar un acto, o xuíz ou tribunal poderá, en caso de incumprimento:

a) Executar a sentenza a través dos seus propios medios ou requirindo a colaboración das autoridades e axentes da Administración condenada ou, na súa falta, doutras administracións públicas, con observancia dos procedementos establecidos para o efecto.

b) Adoptar as medidas necesarias para que a decisión adquira a eficacia que, de ser o caso, sería inherente ao acto omitido, entre as cales se inclúe a execución subsidiaria con cargo á Administración condenada.

2. Se a Administración realizar algunha actividade que contraviñer os pronunciamentos da decisión, o xuíz ou tribunal, por instancia dos interesados, procederá a repor a situación ao estado exixido pola decisión e determinará os danos e perdas que ocasionase o incumprimento.

3. O xuíz ou tribunal, nos casos en que, ademais de declarar contraria á normativa a construción dun inmovble, ordene motivadamente a súa demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada, exixirá, como condición previa á demolición, e salvo que unha situación de perigo inminente o impidise, a prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe.

Artigo 109

1. A Administración pública, as demais partes procesuais e as persoas afectadas pola decisión, mentres non conste en autos a total execución da sentenza, poderán promover incidente para decidir, sen contrariar o contido da decisión, cantas cuestións se susciten na execución e especialmente as seguintes:

- a)** Órgano administrativo que debe responsabilizarse de realizar as actuacións.
- b)** Prazo máximo para o seu cumprimento, en atención ás circunstancias que concorran.
- c)** Medios con que se debe levar a efecto e procedemento que se vai seguir.

2. Do escrito en que se expoña a cuestión incidental o secretario xudicial dará traslado ás partes para que, no prazo común que non excederá os vinte días, aleguen o que consideren procedente.

3. Unha vez realizado o traslado ou transcorrido o prazo a que se refire o apartado anterior, o xuíz ou tribunal ditará auto, no prazo de dez días, en que decida a cuestión suscitada.

Artigo 110

1. En materia tributaria, de persoal ao servizo da Administración pública e de unidade de mercado, para os efectos dunha sentenza firme que recoñecese unha situación xurídica individualizada a favor dunha ou varias persoas poderán estenderse a outras, en execución da sentenza, cando concorran as seguintes circunstancias:

- a)** Que os interesados estean en idéntica situación xurídica que os favorecidos pola decisión da sentenza.
- b)** Que o xuíz ou tribunal sentenciador fose tamén competente, por razón do territorio, para coñecer das súas pretensións de recoñecemento da dita situación individualizada.
- c)** Que soliciten a extensión dos efectos da sentenza no prazo dun ano desde a última notificación desta a quen foi parte no proceso. Se se interpuxese recurso en interese de lei ou de revisión, este prazo contarase desde a última notificación da resolución que lle poña fin.

2. A solicitude deberá dirixirse directamente ao órgano xurisdiccional competente que

ditase a resolución da cal se pretende que se estendan os efectos.

3. A petición ao órgano xurisdiccional formularase en escrito razoado ao cal se deberá xuntar o documento ou documentos que acrediten a identidade de situacións ou a non concorrencia dalgunha das circunstancias do apartado 5 deste artigo.

4. Antes de resolver, nos vinte días seguintes, o secretario xudicial solicitará da Administración os antecedentes que considere oportunos e, en todo caso, un informe detallado sobre a viabilidade da extensión solicitada, e porá de manifesto o resultado desas actuacións ás partes para que aleguen por prazo común de cinco días, con emprazamento, de ser o caso, dos interesados directamente afectados polos efectos da extensión. Unha vez realizado o trámite, o xuíz ou tribunal resolverá sen máis por medio de auto no cal non poderá recoñecerse unha situación xurídica distinta á definida na sentenza firme de que se trate.

5. O incidente desestimarase, en todo caso, cando concorra algunha das seguintes circunstancias:

a) Se existise cousa xulgada.

b) Cando a doutrina determinante da decisión da sentenza cuxa extensión se postule for contraria á xurisprudencia do Tribunal Supremo ou á doutrina sentada polos tribunais superiores de xustiza no recurso a que se refire o artigo 99.

c) Se para o interesado se ditase resolución que, causando estado en vía administrativa, for consentida e firme por non ter promovido recurso contencioso-administrativo.

6. Se está pendente un recurso de revisión ou un recurso de casación en interese da lei, quedará en suspenso a decisión do incidente ata que se resolva o citado recurso.

7. O réxime de recurso do auto ditado axustarase ás regras xerais previstas no artigo 80.

Artigo 111. Extensión de efectos

Cando se acordase suspender a tramitación dun ou máis recursos conforme o previsto no artigo 37.2, unha vez declarada a firmeza da sentenza ditada no preito que se tramitase con carácter preferente, o secretario xudicial requirirá os recorrentes afectados pola suspensión para que no prazo de cinco días interesen a extensión dos efectos da sentenza

ou a continuación do preito suspendido, ou ben manifesten se desisten do recurso.

Se se solicitase a extensión dos efectos daquela sentenza, o xuíz ou tribunal acordaraa, salvo que concorra a circunstancia prevista no artigo 110.5.b) ou algunha das causas de inadmisibilidade do recurso previstas no artigo 69 desta lei.

Artigo 112

Transcorridos os prazos sinalados para o total cumprimento da decisión, o xuíz ou tribunal adoptará, logo audiencia das partes, as medidas necesarias para lograr a efectividade do mandado.

Singularmente, acreditada a súa responsabilidade, logo de apercibimento do secretario xudicial notificado persoalmente para formulación de alegacións, o xuíz ou a sala poderán:

a) Impor multas coercitivas de cento cincuenta a mil cincocentos euros ás autoridades, funcionarios ou axentes que incumpran os requirimentos do xulgado ou da sala, así como reiterar estas multas ata a completa execución da decisión xudicial, sen prexuízo doutras responsabilidades patrimoniais que procedesen. Á imposición destas multas seralles aplicable o previsto no artigo 48.

b) Deducir o oportuno testemuño de particulares para exixir a responsabilidade penal que puidese corresponder.

Artigo 113

1. Transcorrido o prazo de execución que se fixase no acordo a que se refire o artigo 77.3, calquera das partes poderá instar a súa execución forzosa.

2. Se non se fixase un prazo para o cumprimento das obrigacións derivadas do acordo, a parte prexudicada poderá requirir á outra o seu cumprimento e transcorridos dous meses poderá proceder a instar a súa execución forzosa.

V. OS PROCESOS ESPECIAIS.

1. Clases:

Ademais do procedemento ordinario e abreviado, a LXCA regula no seu título V tres procedementos especiais: o procedemento para a protección dos dereitos fundamentais (artigos 114-122), a cuestión de ilegalidade (artigos 123-126) e o procedemento nos casos

de suspensión administrativa previa de acordos (artigo 127). Por outra banda, e sendo atribuída á orde contenciosa-administrativo a materia electoral (artigo 1.3 da LXCA), observarase o que para este tipo de procesos regula a Lei orgánica do réxime electoral xeral.

2. Especial referencia ao procedemento para a protección dos dereitos fundamentais da persoa:

- Ámbito:

Cunha remisión xenérica ao “procedemento de amparo xudicial das liberdades e dereitos, previsto no artigo 53.2 da CE”, a LXCA pretende cingir este procedemento especial ao restablecemento ou preservación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas recoñecidos nos artigos 14 a 29 da CE (máis a obxección de conciencia).

- Obxecto limitado:

Trátase dun proceso de pura constitucionalidade, no cal non poderán ser consideradas cuestións de legalidade ordinaria.

- Tramitación:

As peculiaridades máis relevantes deste procedemento que, para todos os efectos, terá carácter preferente, son as seguintes:

1º) O prazo para interpor este recurso será de dez días, que se computarán, segundo os casos, desde o día seguinte ao de notificación do acto, publicación da disposición impugnada, requirimento para o cesamento da vía de feito ou transcurso do prazo fixado para a resolución, sen máis trámites. Cando a lesión do dereito fundamental tivese a súa orixe na inactividade administrativa, se interpuxese potestativamente un recurso administrativo ou, tratándose dunha actuación en vía de feito, non se formulase requirimento, o prazo de dez días iniciárase transcorridos vinte días desde a reclamación, a presentación do recurso ou o inicio da actuación administrativa na vía de feito, respectivamente.

2º) No escrito de interposición expresárase con precisión e claridade o dereito ou dereitos cuxa tutela se pretende e, de maneira concisa, os argumentos substanciais que dean fundamento ao recurso.

3º) No mesmo día da presentación do recurso ou no seguinte, o secretario xudicial requirirá con carácter urgente o órgano administrativo correspondente, xunto con copia do escrito de interposición, para que no prazo máximo de cinco días contados desde a recepción do requirimento remita o expediente xunto cos informes e datos que considere procedentes.

Ao remitir o expediente, o órgano administrativo comunicarllelo a todos os que aparezan como interesados nel, xunto con copia do escrito de interposición e emprazándoos para que poidan comparecer como demandados ante o xulgado ou sala no prazo de cinco días.

A falta de envío do expediente administrativo dentro do prazo previsto no apartado anterior non suspenderá o curso dos autos. Cando o expediente administrativo se recibise no xulgado ou sala unha vez transcorrido o prazo, o secretario xudicial porállelo de manifesto ás partes por prazo de corenta e oito horas, no cal poderán facer alegacións, e sen alteración do curso do procedemento.

4º) A Administración, co envío do expediente, e os demais demandados, ao comparecer, poderán solicitar razoadamente a inadmisión do recurso e a celebración dunha comparecencia oral na cal interveñan, para os efectos de pronunciarse sobre a inadmisibilidade, o Ministerio Fiscal e as partes.

5º) O secretario xudicial porá de manifesto ao recorrente o expediente e demais actuacións para que no prazo improrrogable de oito días poida formalizar a demanda e achegar os documentos.

Formalizada a demanda, o secretario xudicial dará traslado desta ao Ministerio Fiscal e ás partes demandadas para que, á vista do expediente, presenten as súas alegacións no prazo común e improrrogable de oito días e xunten os documentos que consideren oportunos.

Realizado o trámite de alegacións ou transcorrido o prazo para efectualas, o órgano xurisdiccional decidirá no seguinte día sobre o recibimento a proba, por un período que non será en ningún caso superior a vinte días comúns para a súa proposición e práctica.

6º) Conclusas as actuacións, o órgano xurisdiccional ditará sentenza no prazo de cinco días.

A sentenza estimará o recurso cando a disposición, a actuación ou o acto incorran en

calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a desviación de poder, e como consecuencia desta vulneren un dereito dos susceptibles de amparo.

Contra as sentenzas dos xulgados do contencioso-administrativo procederá sempre a apelación nun só efecto.

- Supostos específicos: a LXCA, dentro da propia especialidade deste procedemento, regula, ademais, dous supostos específicos nos artigos 122 e 122 bis.

a) O artigo 122 da LXCA establece as especialidades do procedemento cando o dereito invocado sexa o de reunión, en concreto a prohibición ou proposta de modificación de reunións previstas na Lei orgánica do dereito de reunión cando non sexan aceptadas polos promotores. Estes poderán interpor recurso contencioso-administrativo ante o tribunal competente, dentro das corenta e oito horas seguintes á notificación da prohibición ou modificación, e os promotores trasladarán copia debidamente rexistrada do escrito do recurso á autoridade gubernativa, co obxecto de que esta remita inmediatamente o expediente. O secretario xudicial, no prazo improrrogable de catro días, e pondo de manifesto o expediente se se recibiu, convocará o representante legal da Administración, o Ministerio Fiscal e os recorrentes ou a persoa que estes designen como representante a unha audiencia en que o tribunal, de maneira contradictoria, oírán todos os que comparecesen e resolverá sen ulterior recurso. A decisión que se adopte unicamente poderá manter ou revogar a prohibición ou as modificacións propostas.

b) O artigo 122 bis regula o procedemento para obter a autorización xudicial a que se refire o artigo 8 da Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e do comercio electrónico. Dispón este artigo que:

“1. En caso de que un determinado servizo da sociedade da información atente ou poida atentar contra os principios que se expresan a continuación, *os órganos competentes para a súa protección, en exercicio das funcións que teñan legalmente atribuídas, poderán adoptar as medidas necesarias para que se interrompa a súa prestación ou para retirar os datos que os vulneran.* Os principios a que alude este apartado son os seguintes: a) A salvagarda da orde pública, a investigación penal, a seguridade pública e a defensa nacional. b) A protección da saúde pública ou das persoas físicas ou xurídicas que teñan a condición de consumidores ou usuarios, mesmo cando actúen como investidores. c) O

respecto á dignidade da persoa e ao principio de non discriminación por motivos de raza, sexo, relixión, opinión, nacionalidade, discapacidade ou calquera outra circunstancia persoal ou social. d) A protección da mocidade e da infancia. e) A salvagarda dos dereitos de propiedade intelectual.

Na adopción e cumprimento das medidas de restrición a que alude este apartado respectaranse, en todo caso, as garantías, normas e procedementos previstos no ordenamento xurídico para protexer os dereitos á intimidade persoal e familiar, á protección dos datos persoais, á liberdade de expresión ou á liberdade de información, cando estes puidesen resultar afectados.

En todos os casos en que a CE e as leis reguladoras dos respectivos dereitos e liberdades así o prevexan de forma excluínte, *só a autoridade xudicial competente poderá adoptar as medidas previstas neste artigo*, en canto garante do dereito á liberdade de expresión, do dereito de produción e creación literaria, artística, científica e técnica, a liberdade de cátedra e o dereito de información.

2. Os órganos competentes para a adopción das medidas a que se refire o apartado anterior, co obxecto de identificar o responsable do servizo da sociedade da información que está a realizar a conduta presuntamente vulneradora, poderán requirir aos prestadores de servizos da sociedade da información a cesión dos datos que permitan tal identificación co fin de que poida comparecer no procedemento. *Tal requirimento exixirá a autorización xudicial previa* de acordo co previsto no apartado primeiro do artigo 122 bis da LXCA. Unha vez obtida a autorización, os prestadores estarán obrigados a facilitar os datos necesarios para levar a cabo a identificación."

Para os efectos de dar cumprimento a este artigo, a LXCA recolleu o procedemento para obter a autorización xudicial a que se refire o artigo 8 transcrito, nos seguintes termos:

- O procedemento iníciase coa solicitude dos órganos competentes na cal se exporán as razóns que xustifican a petición xunto cos documentos que sexan procedentes para estes efectos. O xulgado, no prazo de 24 horas seguintes á petición e logo de audiencia do Ministerio Fiscal, ditará resolución que autorice a solicitude efectuada sempre que non resulte afectado o artigo 18.1 e 3 da CE.
- A execución das medidas para que se interrompa a prestación de servizos da sociedade

da información ou para que se retiren contidos que vulneren a propiedade intelectual, adoptadas pola Sección Segunda da Comisión de Propiedade Intelectual en aplicación da Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico, requirirá de autorización xudicial previa de conformidade co establecido nos parágrafos seguintes.

Acordada a medida pola Comisión, solicitará do xulgado competente a autorización para a súa execución, referida á posible afectación aos dereitos e liberdades garantidos no artigo 20 da CE.

No prazo improrrogable de dous días seguintes á recepción da notificación da resolución da Comisión e pondo de manifesto o expediente, o xulgado convocará o representante legal da Administración, o Ministerio Fiscal e os titulares dos dereitos e liberdades afectados ou a persoa que estes designen como representante a unha audiencia, na cal, de maneira contraditoria, o xulgado oírán todos os comparecentes e resolverá no prazo improrrogable de dous días mediante auto. A decisión que se adopte unicamente poderá autorizar ou denegar a execución da medida.

3. Especial referencia ao proceso electoral

A Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, reguladora do réxime electoral xeral, dedica os seus artigos 109 e seguintes a regular o recurso contencioso-electoral.

Este tipo de recursos ten carácter de urxente e goza de preferencia absoluta na súa substanciación e decisión ante as salas do contencioso-administrativo competentes. Réxense, no non regulado na Lei electoral, pola Lei xurisdiccional de 1998.

- Obxecto (artigo 109)

Poden ser obxecto de recurso contencioso-electoral os acordos das xuntas electorais sobre proclamación de electos, así como a elección e proclamación dos presidentes das corporacións locais.

- Lexitimación (artigo 110)

Están lexitimados para interpor o recurso contencioso-electoral ou para oporse aos que se interpoñan:

- a) Os candidatos proclamados ou non proclamados.
- b) Os representantes das candidaturas concorrentes na circunscrición.
- c) Os partidos políticos, asociacións, federacións e coalicións que presentasen candidaturas na circunscrición.

- Intervención do Ministerio Fiscal (artigo 111)

A representación pública e a defensa da legalidade no recurso contencioso-electoral corresponden ao Ministerio Fiscal.

- Órganos competentes

O tribunal competente para resolver os recursos contencioso-electorais que se refiren a eleccións xerais ou ao Parlamento Europeo é a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo.

No suposto de eleccións autonómicas ou locais, o tribunal competente é a sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza da respectiva comunidade autónoma.

- Procedemento

O recurso contencioso-electoral interponse ante a xunta electoral correspondente dentro dos tres días seguintes ao acto de proclamación de electos e formalízase no mesmo escrito, no cal se consignan os feitos, os fundamentos de dereito e a petición que se deduza.

Ao día seguinte da súa presentación, o presidente da xunta debe remitir á sala competente o escrito de interposición, o expediente electoral e un informe da xunta no que se consigne canto se considere procedente como fundamento do acordo impugnado.

A resolución que ordena a remisión notificarase, inmediatamente despois do seu cumprimento, aos representantes das candidaturas concorrentes na circunscrición, emprazándoos para que poidan comparecer ante a sala dentro dos dous días seguintes.

A sala, ao día seguinte da finalización do termo para a comparecencia dos interesados, dará traslado do escrito de interposición e dos documentos que o acompañen ao Ministerio Fiscal e ás partes que compareceron no proceso, e poñerallles de manifesto o expediente

electoral e o informe da xunta electoral, para que no prazo común e improrrogable de catro días poidan formular as alegacións que consideren convenientes. Aos escritos de alegacións pódense xuntar os documentos que, ao seu xuízo, poidan servir para apoiar ou desvirtuar os fundamentos da impugnación. Así mesmo, pódese solicitar o recibimento a proba e propor aquelas que se consideren oportunas.

Transcorrido o período de alegacións, a sala, dentro do día seguinte, poderá acordar de oficio ou por instancia de parte o recibimento a proba e a práctica daquelas que declara pertinentes. A fase probatoria desenvolverase conforme as normas establecidas para o proceso contencioso-administrativo, aínda que o prazo non poderá exceder os cinco días.

Concluído o período probatorio, de ser o caso, a sala, sen máis trámite, ditará sentenza no prazo de catro días.

- A sentenza

A sentenza deberá pronunciar algunha das decisións seguintes:

- a) Inadmisibilidade do recurso.
- b) Validez da elección e da proclamación de electos, con expresión, de ser o caso, da lista máis votada.
- c) Nulidade de acordo de proclamación dun ou varios electos e proclamación como tal daquel ou aqueles aos cales corresponda.
- d) Nulidade da elección celebrada naquela ou naquelas mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes e necesidade de efectuar nova convocatoria nelas, que poderá limitarse ao acto da votación, ou proceder a unha nova elección cando se trate do presidente dunha corporación local, en todo caso no prazo de tres meses a partir da sentenza. Non obstante, a invalidez da votación nunha ou varias mesas ou nunha ou varias seccións non comportará nova convocatoria electoral nelas cando o seu resultado non altere a atribución de escanos na circunscrición.

Non procederá a nulidade cando o vicio do procedemento electoral non sexa determinante do resultado da elección. A invalidez da votación nunha ou varias seccións tampouco comporta a nulidade da elección cando non se altere o resultado final.

A sentenza notifícaselles aos interesados non máis tarde do día trixésimo sétimo posterior ás eleccións.

As sentenzas comunícanse á xunta electoral correspondente, mediante testemuño e en forma, con devolución do expediente, para o seu inmediato e estrito cumprimento.

2. A sala, de oficio ou por instancia do Ministerio Fiscal ou das partes, poderá dirixirse directamente ás autoridades, organismos e institucións de todo tipo a que alcance o contido da sentenza e, así mesmo, adoptará cantas medidas sexan adecuadas para a execución dos pronunciamentos contidos na decisión.

- Recursos

Contra a sentenza non procede ningún recurso contencioso, ordinario nin extraordinario, salvo o de aclaración, e sen prexuízo do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. O amparo debe solicitarse no prazo de tres días e o Tribunal Constitucional debe resolver sobre este nos quince días seguintes.

- Gratuidade e custas procesuais

Os recursos xudiciais previstos na Lei electoral son gratuítos. Porén, procederá a condena en custas á parte ou partes que mantivesen posicións non fundadas, salvo que circunstancias excepcionais, valoradas na resolución que se dite, motiven a súa non imposición.

MARTA GARCÍA PÉREZ

PROFESORA TITULAR DE DEREITO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

REVISADO E ACTUALIZADO POR LORENA PEITEADO PÉREZ

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER, D., *Derecho Administrativo, I, El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo

Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias edicions).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, volume II, 1999 (sucesivas edicions).

TEMA 22

**OS CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.
NORMATIVA VIXENTE. OBXECTO E ÁMBITO DE
APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS E
REGULACIÓN. DISPOSICIÓNS XERAIS SOBRE A
CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.**

TEMA 22. OS CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO. NORMATIVA VIXENTE. OBXECTO E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS E REGULACIÓN. DISPOSICIÓNS XERAIS SOBRE A CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.

I. OS CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO

A contratación do sector público representa en España arredor do 13% do produto interior bruto (rolda os 130.000 millóns de euros), mentres que no ámbito comunitario supón o 16% (uns 2,9 billóns de euros). Ambos os datos poñen de manifesto a grande importancia deste fenómeno desde o punto de vista económica, social e tamén xurídico.

Nos seguintes catro temas recolleranse os conceptos básicos da contratación pública no ordenamento xurídico español, con especial referencia á normativa da nosa comunidade autónoma.

II. NORMATIVA VIXENTE

1. NORMATIVA DA UNIÓN EUROPEA

Desde a entrada de España nas comunidades europeas, a normativa europea incidiu de maneira determinante na regulación da contratación pública.

A Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, veu refundir todas as directivas anteriores sobre a materia, e determinou a aprobación e España da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público como norma de transposición.

Esta directiva quedou derogada, con efectos do 18 de abril de 2016, pola Directiva 2014/24, do 26 de febreiro, sobre contratación pública.

Esta directiva non inclúe os sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais, que se rexen pola Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 31 de marzo de 2004 sobre a coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais, que se traduciu en España na Lei 31/2007, do 30 de outubro, sobre procedementos de

contratación nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais, que non será obxecto de estudo.

Esta directiva será derogada, con efectos do 18 de abril de 2016, pola Directiva 2014/25, do 26 de febreiro, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais.

2. NORMATIVA ESTATAL

A disposición final trixésima segunda da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable autoriza ao Goberno para elaborar, no prazo dun ano a partir da entrada en vigor desta lei, un texto refundido no que se integren, debidamente regularizados, aclarados e harmonizados, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, e as disposicións en materia de contratación do sector público contidas en normas con rango de lei, incluídas as relativas á captación de financiamento privado para a execución de contratos públicos.

Ao amparo deste mandato apróbase o Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (TRLCSP).

Continuará vixente en tanto non se dite un novo e no que non se opoña ao TRLCSP, o Regulamento xeral da Lei de contratos das AAPP aprobado por Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, parcialmente derogado polo Real decreto 817/2009, do 8 de maio.

Tamén cabe destacar a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, que no seu artigo 8 impón aos suxeitos incluídos no seu ámbito de aplicación o deber de facer pública, como mínimo, a información relativa a todos os contratos, con indicación do obxecto, duración, o importe de licitación e de adxudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adxudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente serán obxecto de publicación as decisións de desistencia e renuncia dos contratos. A publicación da información relativa aos contratos menores poderá realizarse

trimestralmente.

3. NORMATIVA AUTONÓMICA GALEGA

O artigo 28.2 do Estatuto de autonomía de Galicia atribúelle á nosa comunidade competencia para o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado, nos termos que esta estableza, en materia de contratación, e o 27.1 e 5 outórgalle competencia sobre a organización das súas institucións de autogoberno e sobre procedementos administrativos que se deriven da organización propia dos poderes públicos galegos.

Á parte do Estatuto, a principal normativa específica galega en materia de contratación constitúena:

- Respecto de cuestións de competencia, o artigo 34 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa presidencia, e a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia.
- Respecto do Rexistro de Contratos, o Decreto 198/1995, do 16 de marzo.
- Orde do 4 de xuño de 2010, pola que se regula a Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.
- Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega, que contempla determinados preceptos relativos aos contratos, como o seu artigo 10 relativo aos contratos públicos.
- A lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, que no seu título II contén normas sobre racionalización e redución de custos na contratación do sector público.
- Respecto do Rexistro Xeral de Contratistas, o Decreto 262/2001, do 20 de setembro, modificado polo Decreto 3/2010, do 8 de xaneiro, polo que se regula a factura electrónica e a utilización de medios electrónicos, informáticos e telemáticos en materia de contratación pública da Administración da Comunidade Autónoma de

Galicia e entes do sector público dela dependente.

- Respecto da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, o Decreto 237/2007, do 5 de decembro.

III. OBXECTO E ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. OBXECTO E FINALIDADE

O artigo 1 TRLCSP sinala que:

“A presente lei ten por obxecto regular a contratación do sector público, a fin de garantir que esta se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos, e de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos mediante a esixencia da definición previa das necesidades para satisfacer a salvagarda da libre competencia e a selección da oferta economicamente máis vantaxosa.

É igualmente obxecto desta lei a regulación do réxime xurídico aplicable para os efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos, en atención aos fins institucionais de carácter público que a través destes se tratan de realizar.”

Polo tanto, a finalidade de regular a contratación do sector público é dobre:

- Garantía xurídica: garantir que esta se axusta aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos
- Garantía económica: asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control do gasto, unha eficiente utilización dos fondos destinados á realización de obras, a adquisición de bens e a contratación de servizos. Esta garantía económica conseguírase mediante a esixencia da definición previa das necesidades para satisfacer, a salvagarda da libre competencia e a selección da

oferta economicamente máis vantaxosa.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

O artigo 2 TRLCSP define o ámbito obxectivo da lei, ao sinalar que:

“1. Son contratos do sector público e, en consecuencia, están sometidos á presente lei na forma e termos previstos nesta, os contratos onerosos, calquera que sexa a súa natureza xurídica, que celebren os entes, organismos e entidades enumerados no artigo 3.

2. Están tamén suxeitos á presente lei, nos termos que nela se sinalen, os contratos subvencionados polos entes, organismos e entidades do sector público que celebren outras persoas físicas ou xurídicas nos supostos previstos no artigo 17, así como os contratos de obras que celebren os concesionarios de obras públicas nos casos do artigo 274.

3. A aplicación desta lei aos contratos que celebren as comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local, ou os organismos dependentes destas, así como aos contratos subvencionados por calquera destas entidades, efectuarase nos termos previstos na disposición final segunda”.

En canto ao seu ámbito subxectivo, o seu artigo 3 dispón que:

“1. Para os efectos desta lei, considérase que forman parte do sector público os seguintes entes, organismos e entidades:

a) A Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local.

b) As entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social.

c) Os organismos autónomos, as entidades públicas empresariais, as universidades públicas, as axencias estatais e calquera entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas a un suxeito que pertenza ao sector público ou dependentes deste, incluíndo aquelas que, con independencia funcional

ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou control de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade.

d) As sociedades mercantís en cuxo capital social a participación, directa ou indirecta, de entidades das mencionadas nas letras a) a f) do presente apartado sexa superior ao 50 por 100.

e) Os consorcios dotados de personalidade xurídica propia aos que se refiren o artigo 6.5 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, e a lexislación de réxime local (agora regulados no capítulo VI do título II da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público).

f) As fundacións que se constituían cunha achega maioritaria, directa ou indirecta, dunha ou varias entidades integradas no sector público, ou cuxo patrimonio fundacional, cun carácter de permanencia, estea formado en máis dun 50 por 100 por bens ou dereitos achegados ou cedidos polas referidas entidades.

g) As mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social.

h) Calquera entes, organismos ou entidades con personalidade xurídica propia, que fosen creados especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos pertencentes ao sector público financien maioritariamente a súa actividade, controlen a súa xestión, ou nomeen a máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

i) As asociacións constituídas polos entes, organismos e entidades mencionados nas letras anteriores.

2. Dentro do sector público, e para os efectos desta lei, terán a consideración de administracións públicas os seguintes entes, organismos e entidades:

- a) Os mencionados nas letras a) e b) do apartado anterior.
- b) Os organismos autónomos.
- c) As universidades públicas.
- d) As entidades de dereito público que, con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou control de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade.
- e) As entidades de dereito público vinculadas a unha ou varias administracións públicas ou dependentes destas que cumpran algunha das características seguintes:

1.^a Que a súa actividade principal non consista na produción en réxime de mercado de bens e servizos destinados ao consumo individual ou colectivo, ou que efectúen operacións de redistribución da renda e da riqueza nacional, en todo caso sen ánimo de lucro, ou

2.^a que non se financien maioritariamente con ingresos, calquera que sexa a súa natureza, obtidos como contrapartida á entrega de bens ou á prestación de servizos.

Con todo, non terán a consideración de administracións públicas as entidades públicas empresariais estatais e os organismos asimilados dependentes das comunidades autónomas e entidades locais.

g) As deputacións forais e as xuntas xerais dos territorios históricos do País Vasco no que respecta á súa actividade de contratación.

3. Consideraranse poderes adxudicadores, para os efectos desta lei, os seguintes entes, organismos e entidades:

- a) As administracións públicas.
- b) Todos os demais entes, organismos ou entidades con personalidade xurídica propia distintos dos expresados na letra a) que fosen creados especificamente para

satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, sempre que un ou varios suxeitos que deban considerarse poder adxudicador de acordo cos criterios deste apartado 3 financien maioritariamente a súa actividade, controlen a súa xestión, ou nomeen a máis da metade dos membros do seu órgano de administración, dirección ou vixilancia.

c) As asociacións constituídas polos entes, organismos e entidades mencionados nas letras anteriores”.

Para os efectos de maior concreción do que queda incluído no ámbito de aplicación do TRLCSP, o artigo 4 desta lei exclúe certos negocios e contratos da regulación do TRLCSP, os cales se rexerán, en primeiro lugar, pola súa normativa específica, e o TRLCSP só servirá para suplir dúbidas e lagoas:

- A relación de servizo dos funcionarios públicos e os contratos regulados na lexislación laboral.
- As relacións xurídicas consistentes na prestación dun servizo público cuxa utilización polos usuarios requira o aboamento dunha tarifa, taxa ou prezo público de aplicación xeral.

Desta maneira, non se rexe por esta lei a contratación que se produce entre o usuario (calquera cidadán) dun servizo público (transporte urbano, por exemplo), e a Administración (ou empresa concesionaria) que llo presta (a cambio, por exemplo, do pagamento do billete de autobús).

- Os convenios de colaboración que celebre a Administración xeral do Estado coas entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, as universidades públicas, as comunidades autónomas, as entidades locais, organismos autónomos e restantes entidades públicas, ou os que celebren estes organismos e entidades entre si, salvo que, pola súa natureza, teñan a consideración de contratos suxeitos a esta lei.
- Os convenios que, de acordo coas normas específicas que os regulan, realice a Administración con persoas físicas ou xurídicas suxeitas ao dereito privado, sempre

que o seu obxecto non estea comprendido no dos contratos regulados nesta lei ou en normas administrativas especiais.

- Os convenios incluídos no ámbito do artigo 346 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea que se conclúan no sector da defensa.
- Os acordos que realice o Estado con outros estados ou con entidades de dereito internacional público (tratados internacionais).
- Os contratos de subministración relativos a actividades directas dos organismos de dereito público dependentes das administracións públicas cuxa actividade teña carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo, se os bens sobre os que versan foron adquiridos co propósito de devolvelos, con ou sen transformación, ao tráfico xurídico patrimonial, de acordo cos seus fins peculiares, sempre que tales organismos actúen en exercicio de competencias específicas a eles atribuídas pola lei.

Trátase de subministracións non realizadas para consumo interno do organismo, como unha lámpada, unha mesa ou unha cadeira que vaian usarse nas súas dependencias, senón dunha subministración que se realiza pensando en devolvelo ao tráfico xurídico patrimonial, é dicir, ao mercado. O exemplo máis gráfico, aínda que xa non actual, é o do BOE, considerado no seu momento un organismo de dereito público de carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo, que adquiría, entre outras cousas, papel e tinta para confeccionar o *Boletín Oficial do Estado*, o cal logo lles vendía aos correspondente compradores. Esa subministración de papel e tinta quedaría excluída deste TRLCSP.

- Os contratos e convenios derivados de acordos internacionais celebrados de conformidade co Tratado de Funcionamento da Unión Europea cun ou varios países non membros da comunidade, relativos a obras ou subministracións destinados á realización ou explotación conxunta dunha obra, ou relativos aos contratos de servizos destinados á realización ou explotación en común dun proxecto.
- Os contratos e convenios efectuados en virtude dun acordo internacional

celebrado en relación co estacionamento de tropas.

Trátase de contratos ou convenios celebrados para o traslado, estacionamento inicial, estancia e retirada de tropas españolas en misións humanitarias ou de guerra, como as de Iraq ou Afganistán.

- Os contratos e convenios adxudicados en virtude dun procedemento específico dunha organización internacional.
- Os contratos relativos a servizos de arbitraje e conciliación.

Estes contratos teñen como normativa específica a Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitraje.

- Os contratos relativos a servizos financeiros relacionados coa emisión, compra, venda e transferencia de valores ou doutros instrumentos financeiros, en particular as operacións relativas á xestión financeira do Estado, así como as operacións destinadas á obtención de fondos ou capital polos entes, organismos e entidades do sector público, así como os servizos prestados polo Banco de España e as operacións de tesourería.

Quedan excluídos, por tanto, todos os instrumentos de política monetaria, de tipos de cambio, de débeda pública, xestión de reservas, e calquera outra política que implique operacións con títulos ou con outros instrumentos financeiros. Así mesmo, quedan excluídos os contratos para conseguir préstamos, ou servizos como o cambio de moeda, por parte do Banco de España.

- Os contratos polos que un ente, organismo ou entidade do sector público se obrigue a entregar bens ou dereitos ou prestar algún servizo, sen prexuízo de que o adquirente dos bens ou o receptor dos servizos, se é unha entidade do sector público suxeita a esta lei, deba axustarse ás súas prescricións.

Desta maneira, se Navantia se obriga a construír un barco para unha empresa coreana, ese contrato queda excluído do TRLCSP. Pero se o receptor é, por exemplo, unha administración pública española, si que quedaría sometido ao

TRLCSP.

- Os negocios xurídicos en cuxa virtude se lle encargue a unha entidade que, conforme ao sinalado no artigo 24.6, teña atribuída a condición de medio propio e servizo técnico deste, a realización dunha determinada prestación. Con todo, os contratos que deban celebrarse polas entidades que teñan a consideración de medio propio e servizo técnico para a realización das prestacións obxecto do encargo quedarán sometidos a esta lei, nos termos que sexan procedentes de acordo coa natureza da entidade que os celebre e o tipo e a súa contía, e, en todo caso, cando se trate de contratos de obras, servizos ou subministracións cuxas contías superen os limiares establecidos na sección 2.^a do capítulo II deste título preliminar, as entidades de dereito privado deberán observar para a súa preparación e adxudicación as regras establecidas nos artigos 137.1 e 190.

Esta letra refírese aos contratos chamados “*in house providing*”, que son aqueles realizados con organismos considerados como medio propio e servizo técnico do ente matriz. Sería o caso dun contrato realizado entre a Administración xeral do Estado e TRAGSA, o cal, segundo a disposición adicional 30 TRLCSP, considérase medio propio e servizo técnico da Administración xeral do Estado. En cambio, se TRAGSA debe contratar cun terceiro para cumprir o encargo da Administración xeral do Estado, ese contrato si quedaría sometido ao TRLCSP, nos termos desta letra n).

- As autorizacións e concesións sobre bens de dominio público e os contratos de explotación de bens patrimoniais distintos aos definidos no artigo 7, que se regularán pola súa lexislación específica salvo nos casos en que expresamente se declaren de aplicación as prescricións da presente lei.

A lexislación específica é, principalmente, a Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, e, no caso da nosa comunidade autónoma, a Lei 5/2011, do 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.

- Os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmoables, valores negociables e

propiedades incorporais, a non ser que recaian sobre programas de computador e deban ser cualificados como contratos de subministración ou servizos, que terán sempre o carácter de contratos privados e rexeranse pola lexislación patrimonial. Nestes contratos non poderán incluírse prestacións que sexan propias dos contratos típicos regulados na sección 1.^a do capítulo II do título preliminar, se o valor estimado destas é superior ao 50 por 100 do importe total do negocio ou se non manteñen coa prestación característica do contrato patrimonial relacións de vinculación e complementariedade nos termos previstos no artigo 25; nestes dous supostos, as ditas prestacións deberán ser obxecto de contratación independente de acordo co establecido no TRLCSP.

- Os contratos de servizos e subministración celebrados polos organismos públicos de investigación estatais e os organismos similares das comunidades autónomas que teñan por obxecto prestacións ou produtos necesarios para a execución de proxectos de investigación, desenvolvemento e innovación tecnolóxica ou servizos técnicos, cando a presentación e obtención de resultados derivados destes estea ligada a retornos científicos, tecnolóxicos ou industriais susceptibles de incorporarse ao tráfico xurídico e a súa realización fose encomendada a equipos de investigación do organismo mediante procesos de concorrència competitiva.

Como exemplos de organismos públicos de investigación poden citarse o Consello Superior de Investigacións Científicas (CSIC) ou o Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA).

- Os contratos de investigación e desenvolvemento remunerados integramente polo órgano de contratación, sempre que este comparta coas empresas adxudicatarias os riscos e os beneficios da investigación científica e técnica necesaria para desenvolver solucións innovadoras que superen as dispoñibles no mercado. Na adxudicación destes contratos deberá asegurarse o respecto aos principios de publicidade, concorrència, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación e de elección da oferta economicamente máis vantaxosa.

IV. CLASES DE CONTRATOS E REGULACIÓN

1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

Chámanse así por estar especificamente tipificados ou regulados pola propia TRLCSP.

- O contrato de obras

De acordo co artigo 6 TRLCSP, son contratos de obras aqueles que teñen por obxecto a realización dunha obra ou a execución dalgún dos traballos enumerados no anexo I ou a realización por calquera medio dunha obra que responda as necesidades especificadas pola entidade do sector público contratante. Ademais destas prestacións, o contrato poderá comprender, se é o caso, a redacción do correspondente proxecto.

Por obra entenderase o resultado dun conxunto de traballos de construción ou de enxeñería civil, destinado a cumprir en por si unha función económica ou técnica, que teña por obxecto un ben inmovible.

O anexo I sinala como actividades propias deste tipo de contrato a preparación de obras – demolicións, perforacións, sondaxes–, a construción xeral de inmovibles e obras de enxeñería civil, a instalación de edificios e obras –instalación eléctrica, illamento térmico, acústico e antivibratorios, fontanería–, o acabado de edificios e obras, e o aluguer de equipo de construción ou demolición dotado de operario.

- O contrato de concesión de obras públicas

Este contrato xorde principalmente da necesidade de crear infraestruturas sen incrementar o gasto público nin provocar inflación, e ten como exemplo máis típico, aínda que non único, a construción dunha autoestrada por parte dunha empresa privada a cambio do seu dereito para explotala durante un período xeralmente longo de tempo.

En orixe foi considerado un contrato mixto, xa que supoñía un contrato de obras (a construción da autoestrada) e un contrato de xestión de servizos públicos (a explotación da autoestrada durante certo tempo), pero ao día de hoxe considérase un contrato típico autónomo.

O artigo 7.1 TRLCSP establece que a concesión de obras públicas é un contrato que ten por obxecto a realización polo concesionario dalgunhas das prestacións a que se refire o artigo 6 (contrato de obras), incluídas as de restauración e reparación de construcións existentes, así como a conservación e mantemento dos elementos construídos, e no que a contraprestación a favor daquel consiste, ou ben unicamente no dereito para explotar a obra, ou ben no devandito dereito acompañado do de percibir un prezo.

O artigo 7.2 TRLCSP sinala que o contrato se executa a risco e ventura do contratista, o que significa que se os usuarios non utilizan a autoestrada suficientemente, ou se un réxime de seca fai pouco produtiva a presa hidráulica, a Administración non terá que suplir esa falta de ingresos do contratista.

Ademais, este artigo establece que o contrato poderá comprender, ademais do xa establecido en 7.1, o seguinte contido:

- A adecuación, reforma e modernización da obra para adaptala ás características técnicas e funcionais requiridas para a correcta prestación dos servizos ou a realización das actividades económicas ás que serve de soporte material.
- As actuacións de reposición e gran reparación que sexan esixibles en relación cos elementos que debe reunir cada unha das obras para manterse apta para que os servizos e actividades aos que aquelas serven poidan ser desenvolvidos adecuadamente de acordo coas esixencias económicas e as demandas sociais.

O artigo 7.3 TRLCSP, pola súa banda, establece que o contrato de concesión de obras públicas poderá tamén prever que o concesionario estea obrigado:

- A proxectar, executar, conservar, repoñer e reparar aquelas obras que sexan accesorias ou estean vinculadas coa principal e que sexan necesarias para que esta cumpra a finalidade determinante da súa construción e que permitan o seu mellor funcionamento e explotación (sería o caso da construción dunha estación de servizo nunha autoestrada), así como
- a efectuar as actuacións ambientais relacionadas con estas que neles se prevexan (como a construción de pasos especiais para os animais baixo as autoestradas).

No caso de que as obras vinculadas ou accesorias poidan ser obxecto de explotación ou aproveitamento económico (como o caso da gasoleira da autoestrada), estes corresponderanlle ao concesionario conxuntamente coa explotación da obra principal, na forma determinada polos pregos respectivos.

- O contrato de xestión de servizos públicos

De acordo co artigo 8.1 TRLCSP, “o contrato de xestión de servizos públicos é aquel en cuxa virtude unha administración pública ou unha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social, encomenda a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo cuxa prestación foi asumida como propia da súa competencia pola Administración ou mutua encomendante. As mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais só poderán realizar este tipo de contrato respecto da xestión da prestación de asistencia sanitaria”.

Trátase de prestar servizos públicos, como a asistencia social, a sanidade, ou o transporte público, a través de entidades (residencias e clínicas privadas, empresas de transporte) que se converten en xestores directos do servizo, sen que a Administración interveña máis que exercendo poderes de control e policía sobre a prestación deses servizos (dise que a Administración xestiona indirectamente o servizo).

As mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social son asociacións empresariais sen ánimo de lucro. Colaboran coa Seguridade Social na xestión das continxencias de accidentes de traballo e enfermidades profesionais, e na xestión da prestación económica de incapacidade temporal derivada de continxencias comúns. Un exemplo é o FREMAP.

O artigo 8.2 TRLCSP sinala que as disposicións desta lei referidas a este contrato non serán aplicables:

- Aos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin (como o Sergas).
- A aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública.

Nestes casos, enténdese que a Administración é a que presta directamente o servizo – xestión directa–, por máis que o faga a través destas entidades ou sociedades.

O contrato de xestión de servizos públicos pode adoptar catro modalidades (artigo 277 TRLCSP):

- A concesión, pola que o empresario xestionará o servizo ao seu propio risco e ventura. Son da súa conta, polo tanto, as perdas ou os beneficios que se poidan xerar coa prestación do servizo público (pénsese na explotación do servizo público de transporte urbano por parte dunha empresa, a cal podería obter beneficios se moitos cidadáns usan o transporte público, ou perdas, se non consegue un número mínimo de viaxeiros).
- Xestión interesada, en cuxa virtude a Administración e o empresario participarán nos resultados da explotación do servizo na proporción que se estableza no contrato. Nesta modalidade, a empresa concesionaria e a Administración repártense as perdas ou ganancias derivadas da prestación do servizo, polo que comparten un interese común en que o servizo sexa rendible.
- Concerto con persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo público de que se trate. Sería o caso das clínicas ou residencias de maiores concertadas. O feito de que entidades privadas presten un servizo público (sanidade, asistencia social) permítelle á Administración un grande aforro para cubrir todas as necesidades da poboación con respecto a ese servizo público.
- Sociedade de economía mixta, na que a Administración participe, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas. Nesta modalidade, que ten a súa razón de ser no incentivo á iniciativa privada, a sociedade creada con capital público e privado será a concesionaria do servizo (por exemplo, para a xestión dun hospital).

- *O contrato de subministracións*

Segundo o artigo 9 TRLCSP, son contratos de subministración os que teñen por obxecto a

adquisición, o arrendamento financeiro, ou o arrendamento, con ou sen opción de compra, de produtos ou bens mobles.

Sen prexuízo do disposto na letra b) do artigo 9.3 TRLCSP respecto dos contratos que teñan por obxecto programas de computador (que, como se verá, poden ser contratos de subministración ou de servizos), non terán a consideración de contrato de subministración os contratos relativos a propiedades incorporais (dereitos de autor, ou de patente...) ou valores negociables (accións, letras de cambio, cheques, notas promisorias...).

En todo caso, consideraranse contratos de subministración os seguintes:

- Aqueles nos que o empresario se obligue a entregar unha pluralidade de bens de forma sucesiva e por prezo unitario sen que a contía total se defina con exactitude ao tempo de celebrar o contrato, por estar subordinadas as entregas ás necesidades do adquirente (por exemplo, subministración de xiringas para o Sergas). Con todo, a adxudicación destes contratos efectuarase de acordo coas normas previstas no capítulo II do título II do libro III para os acordos marco celebrados cun único empresario.
- Os que teñan por obxecto a adquisición e o arrendamento de equipos e sistemas de telecomunicacións ou para o tratamento da información, os seus dispositivos e programas, e a cesión do dereito de uso destes últimos, fóra dos contratos de adquisición de programas de computador desenvolvidos a medida, que se considerarán contratos de servizos.

De acordo con isto, sería contrato de subministración a adquisición dun programa de computador xenérico, como Windows ou Microsoft Office, pero sería contrato de servizos a adquisición dun programa específico desenvolvido por unha empresa para o uso do Sergas.

- Os de fabricación, polos que a cousa ou cousas que deban ser entregadas polo empresario deban ser elaboradas de acordo coas características peculiares fixadas previamente pola entidade contratante, aínda cando esta se obligue a achegar, total ou parcialmente, os materiais precisos (como sería o caso da construción

dunha máquina deseñada pola Administración).

- O contrato de servizos

Sinala o artigo 10 TRLCSP que “son contratos de servizos aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou unha subministración. Para os efectos de aplicación desta lei, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II”.

- O contrato de colaboración entre o sector público e privado

Supón unha novidade do TRLCSP, e ten como obxectivo financiar con capital privado unha actividade de interese xeral de carácter complexo, repartindo os riscos entre o sector público e o sector privado.

O artigo 11 TRLCSP indica o seguinte:

“Son contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado aqueles en que unha administración pública ou unha entidade pública empresarial ou organismo similar das comunidades autónomas lle encarga a unha entidade de dereito privado, por un período determinado en función da duración da amortización dos investimentos ou das fórmulas de financiamento que se prevexan, a realización dunha actuación global e integrada que, ademais do financiamento de investimentos inmateriais, de obras ou de subministracións necesarias para o cumprimento de determinados obxectivos de servizo público ou relacionados con actuacións de interese xeral, comprenda algunha das seguintes prestacións:

- a) A construción, instalación ou transformación de obras, equipos, sistemas, e produtos ou bens complexos, así como o seu mantemento, actualización ou renovación, a súa explotación ou a súa xestión.
- b) A xestión integral do mantemento de instalacións complexas.
- c) A fabricación de bens e a prestación de servizos que incorporen tecnoloxía especificamente desenvolvida co propósito de achegar solucións máis avanzadas e

economicamente máis vantaxosas que as existentes no mercado.

d) Outras prestacións de servizos ligadas ao desenvolvemento pola administración do servizo público ou actuación de interese xeral que lle fose encomendado”.

Unha característica deste contrato é o seu carácter subsidiario: só se pode recorrer a el cando “outras fórmulas alternativas de contratación non permiten a satisfacción das finalidades públicas”.

- Réxime dos contratos administrativos típicos

Estes contratos rexeranse, de acordo co artigo 19.2 TRLCSP, en todas as súas fases (preparación, adxudicación, efectos e extinción):

- Polo TRLCSP e as súas disposicións de desenvolvemento.
- Supletoriamente ao TRLCSP e á normativa de desenvolvemento, sinala o artigo 19.2 TRLCSP que se aplicarán as restantes normas de dereito administrativo.
- Na súa falta, as normas de dereito privado, referíndose, fundamentalmente, ao *Código civil*, que ademais de regular aspectos esenciais da validez e eficacia dos contratos, a forma de interpretalos, resolvelos ou anulalos, tamén regula contratos de obxecto semellante ao regulado no TRLCSP, como a compravenda (que se fose de bens mobles asemellaríase ao contrato de subministracións), ou o arrendamento de obras e servizos.

- Orde xurisdiccional competente

De acordo co artigo 21.1 TRLCSP, “a orde xurisdiccional contencioso-administrativa será a competente para resolver as cuestións litixiosas relativas á preparación, adxudicación, efectos, cumprimento e extinción dos contratos administrativos”.

2. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIAIS

- Definición legal

Aos contratos administrativos especiais refírese o apartado b) do artigo 19.1 TRLCSP, ao

sinalar que tamén son contratos administrativos “os contratos de obxecto distinto aos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial.”

A lei entende que existe esa natureza administrativa especial:

- Por estar vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante, é dicir, coa actividade ou funcionamento normal da Administración, como pode ser a contratación dunha empresa privada para que lles preste aos pacientes o servizo de televisión por tarxeta prepagamento nun hospital público: non é un contrato de xestión de servizo público porque o poñer televisores á disposición dos pacientes non é un servizo público que deba prestar a Administración; non é un contrato de servizos porque quen recibe o servizo é o paciente, non a Administración, e por suposto, non é un contrato de obras ou outro administrativo típico que se lle pareza. Con todo, o poñer televisores á disposición dos pacientes está, sen dúbida, relacionado coa prestación do servizo público de asistencia sanitaria, xa que fai máis levadía a estancia dos pacientes nos hospitais, co que se caracteriza como contrato administrativo especial.
- Por satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia daquela, sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme ao parágrafo segundo do artigo 20.1 TRLCSP.
- Por declaralo así unha lei. Un exemplo deste último suposto achégao a propia TRLCSP, no seu artigo 24, referido a obras, fabricación de bens mobles e execución de servizos pola propia Administración coa colaboración de empresarios particulares. Establece o citado artigo que “cando a execución das obras, a fabricación dos bens mobles, ou a realización dos servizos se efectúe en colaboración con empresarios particulares, os contratos que se celebren con estes terán carácter administrativo especial, sen constituír contratos de obras, subministracións ou servizos, por estar a execución destes a cargo do órgano xestor da Administración”.

- *Réxime legal dos contratos administrativos especiais*

É o mesmo que o dos contratos administrativos típicos, xa examinado, coa excepción de que os contratos administrativos especiais rexeranse, en primeiro lugar, polas súas normas específicas (artigo 19.2, *in fine*).

- *Orde xurisdiccional competente*

Igual que nos contratos administrativos típicos, será a orde xurisdiccional contencioso-administrativa a competente para resolver as cuestións litixiosas relativas á preparación, adxudicación, efectos, cumprimento e extinción destes contratos (artigo 21.1 TRLCSP).

3. CONTRATOS PRIVADOS

- *Definición legal*

Con respecto á definición dos contratos privados, o artigo 20.1 TRLCSP utiliza un dobre criterio:

- Atendendo ao suxeito que celebra o contrato e ao seu obxecto, establece que “son contratos privados os celebrados por unha administración pública que teñan por obxecto servizos comprendidos na categoría 6 do anexo II (servizos financeiros: seguros, bancarios e investimentos), a creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo (non abarcan toda a categoría 26), e a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos”, e como caixón de xastre, sinala que tamén serán privados calquera outros contratos distintos que non sexan administrativos.

Deste apartado podemos concluír:

- Que as administracións públicas poden celebrar contratos administrativos ou privados, segundo o obxecto do contrato.
- Que os contratos que celebren as administracións públicas, ou ben son administrativos, ou ben son privados, sen terceira opción posible.
- Atendendo exclusivamente ao suxeito que celebra o contrato, establece que

“terán a consideración de contratos privados os celebrados polos entes, organismos e entidades do sector público que non reúnan a condición de administracións públicas”.

Deste segundo punto podemos concluír que os entes, organismos e entidades do sector público que non sexan administracións públicas (por exemplo, as entidades públicas empresariais, como AENA) non poderán celebrar contratos administrativos. Todos os que celebren serán privados. Por suposto, para entender que deba entenderse por administracións públicas hai que estar á definición que dá delas a propia TRLCSP, no seu artigo 3.2, xa examinado.

- Réxime xurídico dos contratos privados

Tendo en conta que a vida dun contrato ten catro fases (preparación, adxudicación, efectos e extinción), para os efectos de determinar a normativa pola que se rexen os contratos privados, é necesario distinguir as dúas primeiras das dúas últimas:

- Preparación e adxudicación.
 - En primeiro lugar, réxense polas súas normas específicas.
 - En defecto de normas específicas, polo TRLCSP e as súas disposicións de desenvolvemento, nos termos xa expostos ao falar dos contratos administrativos.
 - Supletoriamente, rexeranse polo resto de normas de dereito administrativo (se quen celebra o contrato privado é unha administración pública), ou, se é o caso, polas normas de dereito privado (se o ente, organismo ou entidade que celebra o contrato non é unha administración pública).
- Efectos e extinción. Estas dúas últimas fases rexeranse sempre polo dereito privado. Con todo, en canto a modificación dos contratos, serán de aplicación a estes contratos as normas contidas no TRLCSP, no título V do libro I.

- Orde xurisdiccional competente

Será a orde xurisdiccional contencioso-administrativa a competente para coñecer das cuestións que se susciten en relación coa preparación e adxudicación dos contratos privados das administracións públicas.

En canto ao resto de contratos privados, tamén será competente esta orde xurisdiccional se se trata de contratos suxeitos a regulación harmonizada (que se verán no apartado seguinte), incluídos os contratos subvencionados a que se refire o artigo 17, así como dos contratos de servizos das categorías 17 a 27 do anexo II cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 209.000 euros que pretendan concertar entes, organismos ou entidades que, sen ser administracións públicas, teñan a condición de poderes adxudicadores (como podería ser, por exemplo, un contrato de 209.000 euros celebrado pola Fundación Semana Verde de Galicia para a seguridade –categoría 23 do anexo II– no recinto feiral de Silleda).

A orde xurisdiccional civil será a competente para resolver as controversias que xurdan entre as partes en relación cos efectos, cumprimento e extinción dos contratos privados. Esta orde xurisdiccional será igualmente competente para coñecer de cantas cuestións litixiosas lle afecten á preparación e adxudicación dos contratos privados que se celebren polos entes e entidades sometidos a esta lei que non teñan o carácter de administración pública, sempre que estes contratos non estean suxeitos a unha regulación harmonizada.

O coñecemento das cuestións litixiosas que se susciten por aplicación dos preceptos contidos na sección 4.^a do capítulo II do título II do libro IV desta lei será competencia da orde xurisdiccional civil, salvo para as actuacións en exercicio das obrigas e potestades administrativas que, de acordo co disposto nos devanditos preceptos, se lle atribúen á Administración concedente, e nas que será competente a orde xurisdiccional contencioso-administrativa.

4. CONTRATOS SUXEITOS, OU NON SUXEITOS, A UNHA REGULACIÓN HARMONIZADA

Á parte da división dos contratos en administrativos ou privados, os contratos do sector público poden dividirse en contratos suxeitos a regulación harmonizada (tamén chamados

“contratos SARA”, polas súas iniciais), e contratos non suxeitos a regulación harmonizada.

Os criterios para deslindar uns doutros serán o tipo de contrato, a entidade contratante e a contía do contrato, e a consecuencia será a aplicación ou non de determinada normativa europea –común, por tanto, en toda a UE–, plasmada no propio TRLCSP.

- Delimitación positiva

A este respecto, o artigo 13.1 TRLCSP establece que son contratos suxeitos a unha regulación harmonizada os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado, en todo caso, e os contratos de obras, os de concesión de obras públicas, os de subministración, e os de servizos comprendidos nas categorías 1 a 16 do anexo II, cuxo valor estimado, calculado conforme ás regras que se establecen no artigo 88, sexa igual ou superior ás contías que se indican nos artigos seguintes, sempre que a entidade contratante teña o carácter de poder adxudicador:

- O artigo 14 TRLCSP establece que “están suxeitos a regulación harmonizada os contratos de obras e os contratos de concesión de obras públicas cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 5.225.000 euros”. No suposto previsto no artigo 88.7, cando o valor acumulado dos lotes en que se divida a obra iguale ou supere a cantidade indicada no apartado anterior, aplicaranse as normas da regulación harmonizada á adxudicación de cada lote. Con todo, os órganos de contratación poderán exceptuar destas normas os lotes cuxo valor estimado sexa inferior a un millón de euros, sempre que o importe acumulado dos lotes exceptuados non exceda o 20 por 100 do valor acumulado da súa totalidade.

- Con respecto aos contratos de subministración, o artigo 15 TRLCSP establece que están suxeitos a regulación harmonizada os contratos de subministración cuxo valor estimado sexa igual ou superior ás seguintes cantidades:

- 135.000 euros, cando se trate de contratos adxudicados pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, ou as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social. Con todo, cando os contratos se adxudiquen por órganos de contratación que pertencen ao



sector da defensa, este limiar só se aplicará respecto dos contratos de subministración que teñan por obxecto os produtos enumerados no anexo III.

- 209.000 euros, cando se trate de contratos de subministración distintos, por razón do suxeito contratante ou por razón do seu obxecto, dos contemplados na letra anterior.

No suposto previsto no artigo 88.7 cando o valor acumulado dos lotes en que se divida a subministración iguale ou supere as cantidades indicadas no apartado anterior, aplicaranse as normas da regulación harmonizada á adxudicación de cada lote. Con todo, os órganos de contratación poderán exceptuar destas normas os lotes cuxo valor estimado sexa inferior a 80.000 euros, sempre que o importe acumulado dos lotes exceptuados non exceda o 20 por 100 do valor acumulado da súa totalidade.

- Sinala o artigo 16 TRLCSP que están suxeitos a regulación harmonizada os contratos de servizos comprendidos nas categorías 1 a 16 do anexo II cuxo valor estimado sexa igual ou superior ás seguintes cantidades:

- 135.000 euros, cando os contratos deban ser adxudicados pola Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, ou as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, sen prexuízo do disposto para certos contratos da categoría 5 e para os contratos da categoría 8 do anexo II na letra b) deste artigo.

- 209.000 euros, cando os contratos deban adxudicarse por entes, organismos ou entidades do sector público distintos á Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos ou as entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, ou cando, aínda sendo adxudicados por estes suxeitos, se trate de contratos da categoría 5 consistentes en servizos de difusión de emisións de televisión e de radio, servizos de conexión ou servizos integrados de telecomunicacións, ou contratos da categoría 8, segundo se definen estas categorías no anexo II.

No suposto previsto no artigo 88.7, cando o valor acumulado dos lotes en que se divida a compra de servizos iguale ou supere os importes indicados no apartado anterior, aplicaranse as normas da regulación harmonizada á adxudicación de cada lote. Con todo, os órganos de contratación poderán exceptuar destas normas aos lotes cuxo valor estimado sexa inferior a 80.000 euros, sempre que o importe acumulado dos lotes exceptuados non exceda o 20 por 100 do valor acumulado da súa totalidade.

- A particularidade dos contratos subvencionados suxeitos a regulación harmonizada

O artigo 17 TRLCSP establece que son contratos subvencionados suxeitos a unha regulación harmonizada os contratos de obras e os contratos de servizos definidos conforme ao previsto nos artigos 6 e 10, respectivamente, que sexan subvencionados, de forma directa e en máis dun 50 por 100 do seu importe, por entidades que teñan a consideración de poderes adxudicadores, sempre que pertenczan a algunha das categorías seguintes:

- Contratos de obras que teñan por obxecto actividades de enxeñería civil da sección F, división 45, grupo 45.2 da Nomenclatura xeral de actividades económicas das comunidades europeas (NACE), ou a construción de hospitais, centros deportivos, recreativos ou de lecer, edificios escolares ou universitarios e edificios de uso administrativo, sempre que o seu valor estimado sexa igual ou superior a 5.225.000 euros.
- Contratos de servizos vinculados a un contrato de obras dos definidos na letra a), cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 209.000 euros.

Desta maneira, se, por exemplo, un grupo empresarial privado dedicado á educación contratase por vinte millóns de euros a outra empresa para a construción dunha universidade privada, e doce millóns (máis da metade) os achegase a Xunta de Galicia, o contrato entraría dentro da categoría de contrato subvencionado suxeito a regulación harmonizada.

As normas previstas para os contratos subvencionados aplicaranse a aqueles celebrados

por particulares ou por entidades do sector público que non teñan a consideración de poderes adjudicadores, en conxunción, neste último caso, coas restantes disposicións desta lei que lles sexan de aplicación. Cando o contrato subvencionado se adxudique por entidades do sector público que teñan a consideración de poder adjudicador, aplicaranse as normas de contratación previstas para estas entidades, de acordo coa súa natureza, salvo a relativa á determinación da competencia para resolver o recurso especial en materia de contratación e para adoptar medidas cautelares no procedemento de adxudicación, que se rexerá, en todo caso, pola regra establecida no artigo 41.

- Delimitación negativa

O artigo 13.2 TRLCSP exclúe, por razón do seu obxecto, certos contratos desta categoría, establecendo que non se consideran suxeitos a regulación harmonizada, calquera que sexa o seu valor estimado, os contratos seguintes:

- Os que teñan por obxecto a compra, o desenvolvemento, a produción ou a coprodución de programas destinados á radiodifusión, por parte dos organismos de radiodifusión, así como os relativos ao tempo de radiodifusión.
- Os de investigación e desenvolvemento remunerados integramente polo órgano de contratación, sempre que os seus resultados non se reserven para a súa utilización exclusiva por este no exercicio da súa actividade propia.
- Os incluídos dentro do ámbito definido polo artigo 346 do Tratado de funcionamento da Unión Europea que se conclúan no sector da defensa.
- Os declarados secretos ou reservados, ou aqueles cuxa execución deba ir acompañada de medidas de seguridade especiais conforme á lexislación vixente, ou nos que o esixa a protección de intereses esenciais para a seguridade do Estado.
- Aqueles cuxo obxecto principal sexa permitirlles aos órganos de contratación a posta á disposición ou á explotación de redes públicas de telecomunicacións ou a subministración ao público dun ou máis servizos de telecomunicacións.

5. OS CONTRATOS MENORES

Dentro dos contratos celebrados polas administracións públicas, hai que distinguir os contratos menores, que son aqueles de importe inferior a 50.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 18.000 euros, cando se trate doutros contratos, sen prexuízo do establecido no artigo 206 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados no ámbito estatal (artigo 138.3 TRLCSP).

Os contratos menores poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación, cumprindo coas normas establecidas no artigo 111 TRLCSP (que veremos ao estudar a fase de preparación dos contratos) (artigo 138.3 TRLCSP).

6. OS CONTRATOS MIXTOS

Sinala o artigo 12 TRLCSP que “cando un contrato conteña prestacións correspondentes a outro ou outros de distinta clase atenderase en todo caso, para a determinación das normas que deban observarse na súa adxudicación, ao carácter da prestación que teña máis importancia desde o punto de vista económico”.

Desta maneira, se, por exemplo, un contratista se obriga a realizar obras de reforma de catro millóns de euros, e ademais engadir un equipo tecnolóxico (pantallas, cámaras, sensores...) vinculado a esa construción, por valor de 100.000 euros, teremos unha mestura de contrato de obras e de subministracións, que en canto á súa adxudicación, se rexerá polas normas da prestación que teña máis importancia desde o punto de vista económico (no exemplo, polas de obras, por ser de maior contía).

En canto aos efectos e extinción dos contratos mixtos, o artigo 115.2 TRLCSP establece que no prego de cláusulas administrativas particulares “detallarse o réxime xurídico aplicable para os seus efectos, cumprimento e extinción, atendendo ás normas aplicables ás diferentes prestacións fusionadas neles”.

V. DISPOSICIÓN XERAIS SOBRE A CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO

1. RACIONALIDADE E CONSISTENCIA DA CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO

- Necesidade e idoneidade do contrato

De acordo co artigo 22 TRLCSP, os entes, organismos e entidades do sector público non poderán celebrar outros contratos que aqueles que sexan necesarios para o cumprimento e realización dos seus fins institucionais.

Para ese efecto, deben ser determinadas con precisión a natureza e extensión das necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato proxectado, así como a idoneidade do seu obxecto e contido para satisfacelas, deixando constancia diso na documentación preparatoria, antes de iniciar o procedemento encamiñado á súa adxudicación.

- Prazo de duración dos contratos

Sinala o artigo 23.1 TRLCSP que, sen prexuízo das normas especiais aplicables a determinados contratos, a duración dos contratos do sector público deberá establecerse tendo en conta:

- A natureza das prestacións (obra, subministración etc.).
- As características do seu financiamento (os contratos de concesión de obra pública, como a construción e explotación dunha autoestrada, requiren moito tempo para poder recuperar o investimento, ademais do beneficio).
- A necesidade de someter periodicamente a concorrência a súa realización (pola mellora da técnica, aparición de mellores materiais etc., que poidan permitirlles a novas empresas mellorar a oferta da adxudicataria).

O contrato poderá prever unha ou varias prórrogas sempre que se dean as seguintes dúas circunstancias:

- As súas características permanezan inalterables durante o período de duración destas (non se cambien as unidades de obra ou as características dos bens

subministrados, por exemplo; só se altera o factor tempo).

- A concorrência para a súa adxudicación fose realizada tendo en conta a duración máxima do contrato, incluídos os períodos de prórroga (o que podería ter repercusión, por exemplo, nos prezos das ofertas, ou mesmo no propio interese das empresas na licitación, e impide unha duración indeterminada do contrato).

A prórroga acordarase polo órgano de contratación e será obrigatoria para o empresario, salvo que o contrato expresamente prevexa o contrario, sen que poida producirse polo consentimento tácito das partes (deberá ser expreso).

Os contratos menores non poderán ter unha duración superior a un ano nin ser obxecto de prórroga.

- Execución con medios propios ou coa colaboración de particulares

O artigo 24 TRLCSP recolle a posibilidade de realizar obras, fabricar bens móbiles ou realizar servizos sen recorrer ao contrato de obras, subministracións ou servizos antes vistos:

- Execución de obras con medios propios ou coa colaboración de particulares. A execución de obras poderá realizarse polos servizos da Administración, xa sexa empregando exclusivamente medios propios ou coa colaboración de empresarios particulares sempre que o importe da parte de obra a cargo destes sexa inferior a 5.225.000, cando concorra algunha destas circunstancias (o TRLCSP segue un criterio restritivo):
 - Que a Administración teña montadas fábricas, arsenais, mestranzas ou servizos técnicos ou industriais suficientemente aptos para a realización da prestación, nese caso deberá normalmente utilizarse este sistema de execución.
 - Que a Administración posúa elementos auxiliares utilizables, cuxo emprego supoña unha economía superior ao 5 por 100 do importe do orzamento do contrato ou unha maior celeridade na súa execución, xustificándose, neste

caso, as vantaxes que se sigan desta.

- Que non houbera ofertas de empresarios na licitación previamente efectuada.
- Cando se trate dun suposto de emerxencia, de acordo co previsto no artigo 113.
- Cando, dada a natureza da prestación, sexa imposible a fixación previa dun prezo certo ou a dun orzamento por unidades simples de traballo.
- Cando sexa necesario relevar o contratista de realizar algunhas unidades de obra por non chegarse a un acordo nos prezos contraditorios correspondentes.
- As obras de mera conservación e mantemento, definidas no artigo 122.5.
- Excepcionalmente, a execución de obras definidas en virtude dun anteproxecto, cando non se aplique o artigo 150.3.a).

En casos distintos dos contemplados nas letras d), g) e h), deberá redactarse o correspondente proxecto, cuxo contido se fixará regulamentariamente.

- Fabricación de bens mobles con medios propios ou coa colaboración de particulares. A fabricación de bens mobles poderá efectuarse polos servizos da Administración, xa sexa empregando de forma exclusiva medios propios ou coa colaboración de empresarios particulares sempre que o importe da parte da prestación a cargo destes sexa inferior ás cantidades sinaladas no artigo 15, cando concorra algunha das circunstancias previstas nas letras a), c), d) e e) do apartado anterior, ou cando, no suposto definido na letra b) deste mesmo apartado, o aforro que poida obterse sexa superior ao 20 por 100 do orzamento da subministración ou poida obterse unha maior celeridade na súa execución. Exceptúanse destas limitacións aquelas subministracións que, por razóns de defensa ou de interese militar, resulte conveniente que se executen pola Administración.
- Realización de servizos en colaboración con empresarios particulares. A realización

de servizos en colaboración con empresarios particulares poderá levarse a cabo sempre que o seu importe sexa inferior ás cantidades establecidas no artigo 16, e concorra algunha das circunstancias mencionadas no apartado anterior, no que sexan de aplicación a estes contratos. Exceptúanse destas limitacións os servizos da categoría 1 do anexo II cando estean referidos ao mantemento de bens incluídos no ámbito definido polo artigo 346 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

Cando a execución das obras, a fabricación dos bens mobles, ou a realización dos servizos se efectúe en colaboración con empresarios particulares, os contratos que se celebren con estes terán carácter administrativo especial, sen constituír contratos de obras, subministracións ou servizos, por estar a súa execución a cargo do órgano xestor da Administración. A selección do empresario colaborador efectuarase polos procedementos de adxudicación establecidos no artigo 138, salvo no caso previsto na letra d) do apartado 1 deste artigo. Nos supostos de obras incluídas nas letras a) e b) do apartado 1, a contratación con colaboradores non poderá exceder o 50 por 100 do importe total do proxecto.

A autorización da execución de obras e da fabricación de bens mobles e, se é o caso, a aprobación do proxecto, corresponderalle ao órgano competente para a aprobación do gasto ou ao órgano que determinen as disposicións orgánicas das comunidades autónomas, no seu respectivo ámbito.

- Entes, organismos e entidades do sector público considerados medios propios e servizos técnicos

Para os efectos previstos nos artigos 24 e 4.1.n) TRLCSP, os entes, organismos e entidades do sector público poderán ser considerados medios propios e servizos técnicos daqueles poderes adxudicadores para os que realicen a parte esencial da súa actividade cando estes posúan sobre estes un control análogo ao que poden exercer sobre os seus propios servizos. Se se trata de sociedades, ademais, a totalidade do seu capital terá que ser de titularidade pública.

O exemplo de medio propio e servizo técnico témolo na Empresa de Transformación

Agraria, Sociedade Anónima (TRAGSA) e as súas filiais, con respecto á Administración xeral do Estado, as comunidades autónomas e os poderes adxudicadores dependentes delas, de acordo coa disposición final 30 TRLCSP).

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 47 da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia sinala que “para os efectos previstos no artigo 4.1.n) e 24.6 TRLCSP, todas as entidades instrumentais determinadas no artigo 45 (organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais, consorcios autonómicos, sociedades mercantís públicas autonómicas, e fundacións do sector público autonómico) teñen a consideración de medios propios e servizos técnicos daqueles poderes adxudicadores para os cales realicen a parte esencial da súa actividade cando estes exerzan sobre aqueles un control análogo ao que poden exercer sobre os seus propios servizos. Se se trata de sociedades, ademais, a totalidade do seu capital terá que ser de titularidade pública”.

2. LIBERDADE DE PACTOS E CONTIDO MÍNIMO DO CONTRATO

- Liberdade de pactos

De acordo co artigo 25.1 TRLCSP, nos contratos do sector público poderán incluírse calquera pactos, cláusulas e condicións, sempre que non sexan contrarios ao interese público (artigo 103.1 CE), ao ordenamento xurídico (principio de legalidade, incluíndo as prescricións da propia TRLCSP) e aos principios de boa administración (como a eficiencia).

Só poderán fusionarse prestacións correspondentes a diferentes contratos nun contrato mixto cando esas prestacións se atopen directamente vinculadas entre si e manteñan relacións de complementariedade que esixan a súa consideración e tratamento como unha unidade funcional dirixida á satisfacción dunha determinada necesidade ou á consecución dun fin institucional propio do ente, organismo ou entidade contratante (artigo 25.2 TRLCSP).

- Contido mínimo do contrato

Sinala o artigo 26.1 TRLCSP que, salvo que xa se atopen recollidas nos pregos, os contratos que celebren os entes, organismos e entidades do sector público deben incluír,

necesariamente, as seguintes mencións:

- A identificación das partes.
- A acreditación da capacidade dos asinantes para subscribir o contrato.
- Definición do obxecto do contrato.
- Referencia á lexislación aplicable ao contrato.
- A enumeración dos documentos que integran o contrato. Se así se expresa no contrato, esta enumeración poderá estar xerarquizada, e ordenarase segundo a orde de prioridade acordada polas partes, en cuxo suposto, e salvo caso de erro manifesto, a orde pactada utilizarase para determinar a prevalencia respectiva, no caso de que existan contradicións entre diversos documentos.
- O prezo certo, ou o modo de determinalo.
- A duración do contrato ou as datas estimadas para o comezo da súa execución e para a súa finalización, así como a da prórroga ou prórrogas, se estivesen previstas.
- As condicións de recepción, entrega ou admisión das prestacións.
- As condicións de pagamento.
- Os supostos en que procede a resolución.
- O crédito orzamentario ou o programa ou rúbrica contable con cargo ao que se lle aboará o prezo, se é o caso.
- A extensión obxectiva e temporal do deber de confidencialidade que, se é o caso, se lle impoña ao contratista.

O documento contractual non poderá incluír estipulacións que establezan dereitos e obrigas para as partes distintos dos previstos nos pregos, concretados, se é o caso, na forma que resulte da proposición do adxudicatario, ou dos precisados no acto de adxudicación do contrato de acordo co actuado no procedemento, de non existir aqueles (artigo 26.2 TRLCSP).

3. PERFECCIÓN E FORMA DO CONTRATO

- Perfección dos contratos. Carácter formal da contratación do sector público

Segundo o artigo 27 TRLCSP, os contratos que celebren os poderes adxudicadores perfecciónanse coa súa formalización. Os contratos subvencionados que, de conformidade co disposto no artigo 17 desta lei, deban considerarse suxeitos a regulación harmonizada, perfeccionaranse de conformidade coa lexislación pola que se rexan. As partes deberán notificarlle a súa formalización ao órgano que outorgou a subvención.

Salvo que se indique outra cousa na súas cláusulas, os contratos do sector público entenderanse celebrados no lugar onde se atope a sede do órgano de contratación.

Resaltando o carácter formal dos contratos do sector público, o artigo 28.1 TRLCSP sinala que os entes, organismos e entidades do sector público non poderán contratar verbalmente, salvo que o contrato teña, conforme ao sinalado no artigo 113.1, carácter de emerxencia (é dicir, en casos de acontecementos catastróficos, grave perigo ou necesidades que lle afecten á defensa nacional).

- Formalización dos contratos celebrados polas administracións públicas

Os contratos que celebren as administracións públicas formalizaranse de acordo co previsto no artigo 156 (como principio xeral, en documento administrativo), sen prexuízo do sinalado para os contratos menores no artigo 111 (que sinala que nestes contratos a tramitación do expediente só esixirá a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, salvo nos de obras, nos que se engade o orzamento das obras, e en certos casos, proxecto e informe de supervisión, como se verá no tema seguinte).

- Formalización dos contratos celebrados polo resto do sector público

Os contratos que celebren outros entes, organismos e entidades do sector público, cando sexan susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme ao artigo 40.1 deberán formalizarse nos prazos establecidos no artigo 156.3.

4. REMISIÓN DE INFORMACIÓN PARA EFECTOS ESTADÍSTICOS E DE FISCALIZACIÓN

- Deber de remisión de contratos ao Tribunal de Contas

Sinala o artigo 29 TRLCSP que, dentro dos tres meses seguintes á formalización do contrato, para o exercicio da función fiscalizadora, deberá remitírselle ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma unha copia certificada do documento no que se formalizou aquel, acompañada dun extracto do expediente do que se derive, sempre que a contía do contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesións de obras públicas, xestión de servizos públicos e contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado; de 450.000 euros, tratándose de subministracións, e de 150.000 euros, nos de servizos e nos contratos administrativos especiais.

Igualmente comunicaránselle ao Tribunal de Contas ou órgano externo de fiscalización da comunidade autónoma as modificacións, prórrogas ou variacións de prazos, as variacións de prezo e o importe final, a nulidade e a extinción normal ou anormal dos contratos indicados.

O disposto nos dous apartados anteriores entenderase sen prexuízo das facultades do Tribunal de Contas ou, se é o caso, dos correspondentes órganos de fiscalización externos das comunidades autónomas para reclamar cantos datos, documentos e antecedentes estime pertinentes con relación aos contratos de calquera natureza e contía.

As comunicacións a que se refire este artigo efectuaranse polo órgano de contratación no ámbito da Administración xeral do Estado e dos entes, organismos e entidades do sector público dependentes dela.

- Datos estatísticos

O artigo 30 TRLCSP sinala que no mesmo prazo sinalado no artigo anterior (tres meses seguintes á formalización do contrato) remitirase polo órgano de contratación á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado a información sobre os contratos que regulamentariamente se determine, para os efectos do cumprimento da normativa

internacional (esencialmente, normativa europea). Así mesmo, informarase a mencionada xunta dos casos de modificación, prórroga ou variación do prazo, as variacións de prezo e o importe final dos contratos, a nulidade e a extinción normal ou anormal destes.

As comunidades autónomas que contén con rexistros de contratos poderán cumprir estas previsións a través da comunicación entre rexistros.

TEMA 23

**PARTES DO CONTRATO: ÓRGANO DE
CONTRATACIÓN E APTITUDE PARA
CONTRATAR CO SECTOR PÚBLICO. REXISTROS
OFICIAIS. OBXECTO, PREZO E CONTÍA DO
CONTRATO. GARANTÍAS ESIXIBLES NA
CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.**

TEMA 23. PARTES DO CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN E APTITUDE PARA CONTRATAR CO SECTOR PÚBLICO. REXISTROS OFICIAIS. OBXECTO, PREZO E CONTÍA DO CONTRATO. GARANTÍAS ESIXIBLES NA CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO.

I. PARTES DO CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN E APTITUDE PARA CONTRATAR CO SECTOR PÚBLICO

1. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

- Competencia para contratar

Salvo nos contratos subvencionados do artigo 17 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro (TRLCSF) e os dos concesionarios de obras públicas do artigo 241 TRLCSF, no resto dos contratos regulados polo TRLCSF (que son os "contratos do sector público"), unha das partes contratantes debe pertencer ao "sector público" definido no artigo 3.1 TRLCSF, a cal dispoñerá de polo menos un órgano competente para contratar (chamado "órgano de contratación").

De acordo co artigo 51 TRLCSF, a representación dos entes, organismos e entidades do sector público en materia contractual correspóndelles aos órganos de contratación, unipersoais (como un conselleiro) ou colexiados (como o pleno dun concello ou as xuntas de contratación) que, en virtude de norma legal ou regulamentaria ou disposición estatutaria, teñan atribuída a facultade de asinar contratos no seu nome.

Os órganos de contratación poderán delegar (transmítese o exercicio da competencia, non a súa titularidade) ou desconcentrar (transmítese exercicio e titularidade da competencia) as súas competencias e facultades nesta materia con cumprimento das normas e formalidades aplicables en cada caso para a delegación ou desconcentración de competencias, no caso de que se trate de órganos administrativos (véxanse os artigos 9 e 8.2 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público), ou para o outorgamento de poderes, cando se trate de órganos societarios ou dunha fundación (artigo 51.2 TRLCSF).

- Órganos de contratación na Administración do Estado

No ámbito estatal, o artigo 316.1 TRLCSP sinala que os ministros e os secretarios de Estado son os órganos de contratación da Administración xeral do Estado e, en consecuencia, están facultados para celebrar no seu nome os contratos no ámbito da súa competencia.

Nos departamentos ministeriais nos que existan varios órganos de contratación, a competencia para asinar os contratos de subministración e de servizos que lle afecten ao ámbito de máis dun deles corresponderalle ao ministro, salvo nos casos en que esta se lle atribúa á Xunta de Contratación.

Os presidentes ou directores dos organismos autónomos, axencias estatais, entidades públicas empresariais e demais entidades públicas estatais e os directores xerais das distintas entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social son os órganos de contratación duns e doutros, a falta de disposición específica sobre o particular, recollida nas correspondentes normas de creación ou reguladoras do funcionamento desas entidades (artigo 291.2 TRLCSP).

Correspóndelle ao Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, a través do órgano que se determine na súa estrutura orgánica, as funcións de órgano de contratación do sistema estatal de contratación centralizada regulado nos artigos 206 e 207.

Segundo o artigo 316.4 TRLCSP, poderán constituírse xuntas de contratación nos departamentos ministeriais e nos organismos autónomos, axencias estatais, entidades públicas empresariais e demais entidades de dereito público estatais, así como nas entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social.

En caso de constituírse, estas xuntas de contratación actuarán como órganos de contratación (colexiados) nos contratos que fixa o propio artigo (que son a maioría), cos límites cuantitativos ou referentes ás características dos contratos que determine o titular do departamento (así, o ministro –titular do departamento– podería impoñerlle á Xunta de Contratación o límite de non poder adxudicar contratos de servizos, ou de subministración, ou ben que non puidese adxudicar contratos que superen, por exemplo, os 150.000 euros)

Os órganos de contratación dos departamentos ministeriais, organismos autónomos, axencias estatais e entidades de dereito público estatais, así como os das entidades

xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, necesitarán a autorización do Consello de Ministros, previa á aprobación do expediente, para asinar contratos nos seguintes supostos:

- Cando o valor estimado do contrato, calculado conforme ao sinalado no artigo 88, sexa igual ou superior a doce millóns de euros.
- Nos contratos de carácter plurianual, cando se modifiquen as porcentaxes ou o número de anualidades legalmente previstas aos que se refire o artigo 47 da Lei 47/2003, do 26 de novembro.
- Cando o pagamento dos contratos se concerte mediante o sistema de arrendamento financeiro ou mediante o sistema de arrendamento con opción de compra e o número de anualidades supere catro anos.

En todos estes casos, o órgano de contratación non é o Consello de Ministros. Este límitase a autorizar, se é o caso.

- Órganos de contratación na Comunidade Autónoma de Galicia

No ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 34.10 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, de normas reguladoras da Xunta e da súa Presidencia, establece que os conselleiros son os competentes para asinar en nome da Xunta os contratos relativos a asuntos propios da súa consellería.

Pola súa parte, o artigo 31.4.f) da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, sinala que os delegados territoriais son competentes no seu ámbito territorial para ser os órganos de contratación da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia nos seus respectivos ámbitos competenciais, dentro dos créditos orzamentarios que se lles asignen e de acordo cos límites e requisitos xerais que se fixen por decreto da Xunta. En todo caso, serán os titulares da competencia para a celebración de contratos menores.

O artigo 62 desa lei, pola súa banda, sinala que os estatutos da entidade pública instrumental (organismos autónomos, axencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariais e consorcios autonómicos) determinarán o seu órgano de contratación.

- Órganos de contratación das entidades locais

Os órganos de contratación das entidades locais veñen determinados na disposición adicional segunda TRLCSP, nos termos seguintes:

- Correspóndenlles aos alcaldes dos municipios de réxime común e aos presidentes das entidades locais as competencias como órgano de contratación respecto dos contratos de obras, de subministración, de servizos, de xestión de servizos públicos, os contratos administrativos especiais, e os contratos privados cando o seu importe non supere o 10 por 100 dos recursos ordinarios do orzamento nin, en calquera caso, a contía de seis millóns de euros, incluídos os de carácter plurianual cando a súa duración non sexa superior a catro anos, sempre que o importe acumulado de todas as súas anualidades non supere nin a porcentaxe indicada, referida aos recursos ordinarios do orzamento do primeiro exercicio, nin a contía sinalada. Correspóndelle ao pleno as competencias como órgano de contratación respecto dos demais contratos que asine a entidade local.
- Nos municipios de gran poboación a que se refire o artigo 121 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, as competencias como órgano de contratación exerceranse pola Xunta de Goberno Local, calquera que sexa o importe do contrato ou a duración deste.

Nas entidades locais será potestativa a constitución de xuntas de contratación que actuarán como órganos de contratación nos contratos de obras que teñan por obxecto traballos de reparación simple, de conservación e de mantemento, nos contratos de subministración que se refiran a bens consumibles ou de doada deterioración polo uso, e nos contratos de servizos cando o seu importe non supere o 10 por 100 dos recursos ordinarios da entidade, ou cando superen este importe as accións estean previstas no orzamento do exercicio a que corresponda e se realice de acordo co disposto nas bases de execución deste.

Correspóndelle ao pleno acordar a constitución das xuntas de contratación e determinar a súa composición, e deberán formar parte destas necesariamente o secretario ou o titular do órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da corporación, e o interventor desta. Os límites cuantitativos, que poderán ser inferiores aos sinalados no

parágrafo anterior, ou os referentes ás características dos contratos nos que intervirá a **Xunta de Contratación como órgano de contratación, se determinarán, nas entidades locais** de réxime común, polo pleno, por proposta do alcalde ou do presidente cando sexan, de acordo co apartado 1, o órgano que teña atribuída a competencia sobre os devanditos contratos, e pola Xunta de Goberno Local nos municipios de gran poboación.

Por último, nos municipios de poboación inferior a 5000 habitantes existen as seguintes especialidades:

- As competencias en materia de contratación poderán ser exercidas polos órganos que, con carácter de centrais de contratación, se constitúan na forma prevista no artigo 204, mediante acordos para o efecto.
- Así mesmo poderán concertarse convenios de colaboración en virtude dos cales se encomende a xestión do procedemento de contratación ás deputacións provinciais ou ás comunidades autónomas de carácter uniprovincial.

- Responsable do contrato

Segundo o artigo 52 TRLCSP, os órganos de contratación poderán designar (a súa existencia non é obrigatoria) un responsable do contrato, ao que lle corresponderá supervisar a súa execución e adoptar as decisións e ditar as instrucións necesarias co fin de asegurar a correcta realización da prestación pactada, dentro do ámbito de facultades que aqueles lle atribúan. O responsable do contrato poderá ser unha persoa física ou xurídica, vinculada ao ente, organismo ou entidade contratante ou allea a el.

Nos contratos de obras, as facultades do responsable do contrato entenderanse sen prexuízo das que lle corresponden ao director facultativo, conforme o disposto no capítulo I do título II do libro IV.

- Perfil de contratante

Co fin de asegurar a transparencia e o acceso público á información relativa á súa actividade contractual, e sen prexuízo da utilización doutros medios de publicidade nos casos esixidos por esta lei ou polas normas autonómicas de desenvolvemento ou nos que así se decida voluntariamente, os órganos de contratación difundirán, a través de internet,

o seu perfil de contratante (páxina web) (artigo 53).

A forma de acceso ao perfil de contratante deberá especificarse:

- Nas páxinas web institucionais que manteñan os entes do sector público.
- Na plataforma de contratación do Estado.
- Nos pregos.
- Nos anuncios de licitación.

O perfil de contratante poderá incluír calquera dato e información referente á actividade contractual do órgano de contratación, tales como os anuncios de información previa contemplados no artigo 141, as licitacións abertas ou en curso e a documentación relativa a estas, as contratacións programadas, os contratos adxudicados, os procedementos anulados, e calquera outra información útil de tipo xeral, como puntos de contacto e medios de comunicación que pode utilizarse para relacionarse co órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse no perfil de contratante a adxudicación dos contratos.

O sistema informático que soporte o perfil de contratante deberá contar cun dispositivo que permita acreditar fidedignamente o momento de inicio da difusión pública da información que se inclúa neste.

A difusión a través do perfil de contratante da información relativa aos procedementos de adxudicación de contratos producirá os efectos previstos no título I ("adxudicación dos contratos") do libro III.

2. APTITUDE PARA CONTRATAR CO SECTOR PÚBLICO

- Condicións xerais de aptitude

De acordo co artigo 54 TRLCSP, só poderán contratar co sector público as persoas naturais ou xurídicas, españolas ou estranxeiras:

- Que teñan plena capacidade de obrar.
- Non estean incursas nunha prohibición de contratar.
- Acrediten a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional ou, nos casos en que así o esixa esta lei, se encontren debidamente clasificadas.
- Os empresarios deberán contar, así mesmo, coa habilitación empresarial ou

profesional que, se é o caso, sexa esixible para a realización da actividade ou prestación que constitúa o obxecto do contrato.

- Nos contratos subvencionados a que se refire o artigo 17 desta lei, o contratista deberá acreditar a súa solvencia e non poderá estar incurso na prohibición de contratar a que se refire a letra a do apartado 1 do artigo 60.

- Empresas de Estados non pertencentes á Unión Europea

Terán capacidade para contratar co sector público, en todo caso, as empresas non españolas de estados membros da Unión Europea que, conforme á lexislación do Estado en que estean establecidas, se encontren habilitadas para realizar a prestación de que se trate (artigo 58).

Cando a lexislación do Estado en que se encontren establecidas estas empresas esixa unha autorización especial (como a inscrición nun rexistro) ou a pertenza a unha determinada organización (como un colexio profesional) para poder prestar nel o servizo de que se trate, deberán acreditar que cumpren este requisito.

As persoas físicas ou xurídicas de estados non pertencentes á Unión Europea deberán xustificar, mediante informe da respectiva misión diplomática permanente española que se acompañará á documentación que se presente, que o Estado de procedencia da empresa estranxeira admite, pola súa vez, a participación de empresas españolas (principio de reciprocidade) na contratación coa Administración e cos entes, organismos ou entidades do sector público asimilables aos enumerados no artigo 3, en forma substancialmente análoga (artigo 55 TRLCSP).

Nos contratos suxeitos a regulación harmonizada prescindirase do informe sobre reciprocidade en relación coas empresas de estados signatarios do Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial de Comercio, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 1996.

Para asinar contratos de obras será necesario, ademais:

- Que estas empresas teñan aberta unha sucursal en España, con designación de apoderados ou representantes para as súas operacións.
- Que estean inscritas no Rexistro Mercantil.

- Condicións especiais de compatibilidade

Sen prexuízo do disposto en relación coa adxudicación de contratos a través dun procedemento de diálogo competitivo, non poderán concorrer ás licitacións empresas que participasen na elaboración das especificacións técnicas ou dos documentos preparatorios do contrato, sempre que a devandita participación poida provocar restricións á libre concorrencia ou supoñer un trato privilexiado con respecto ao resto das empresas licitadoras (56.1 TRLCSP).

Os contratos que teñan por obxecto a vixilancia, supervisión, control e dirección da execución de obras e instalacións non poderán adxudicárselles ás mesmas empresas adxudicatarias dos correspondentes contratos de obras, nin ás empresas a estas vinculadas, entendéndose por tales as que se encontren nalgún dos supostos previstos no artigo 42 do Código de comercio (artigo 56.2 TRLCSP).

- Normas especiais sobre capacidade das persoas xurídicas

As persoas xurídicas só poderán ser adxudicatarias de contratos cuxas prestacións estean comprendidas dentro dos fins, obxecto ou ámbito de actividade que, a teor dos seus estatutos ou regras fundacionais, lles sexan propios (artigo 57.1 TRLCSP).

Os que concorran individual ou conxuntamente con outros á licitación dunha concesión de obras públicas poderán facelo co compromiso de constituír unha sociedade que será o titular da concesión. A constitución e, se é o caso, a forma da sociedade (sociedade anónima, sociedade de responsabilidade limitada...) deberá axustarse ao que estableza, para determinados tipos de concesións, a correspondente lexislación específica (artigo 57.2 TRLCSP).

- Unións de empresarios (UTE)

Poderán contratar co sector público as unións de empresarios que se constituán temporalmente para o efecto, sen que sexa necesaria a formalización destas en escritura pública ata que se efectuase a adxudicación do contrato ao seu favor (artigo 59 TRLCSP).

Os empresarios que concorran agrupados en unións temporais quedarán obrigados solidariamente (cada un dos membros responde integramente das débedas da UTE, sen prexuízo de poder repercutir o tanto por cento correspondente do pagado aos outros

membros da unión) e deberán nomear un representante ou apoderado único da unión con poderes bastantes para exercer os dereitos e cumprir as obrigas que do contrato se deriven ata a extinción deste, sen prexuízo da existencia de poderes mancomunados (deberán poñerse de acordo todos os membros) que poidan outorgar para cobramentos e pagamentos de contía significativa.

Para os efectos da licitación, os empresarios que desexen concorrer integrados nunha unión temporal deberán indicar:

- Os nomes e circunstancias dos que a constitúan e a participación de cada un.
- Que asumen o compromiso de constituírse formalmente en unión temporal en caso de resultar adxudicatarios do contrato.

A duración das unións temporais de empresarios será coincidente coa do contrato ata a súa extinción.

Para os casos en que sexa esixible a clasificación e concorran na unión empresarios nacionais, estranxeiros que non sexan nacionais dun Estado membro da Unión Europea e estranxeiros que sexan nacionais dun Estado membro da Unión Europea, os que pertencen aos dous primeiros grupos deberán acreditar a súa clasificación, e estes últimos a súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional.

- Prohibicións de contratar

O artigo 60 TRLCSP contén dúas listas de prohibicións de contratar, cuxos efectos se matizan o artigo 61 bis. Combinando ambos os dous preceptos, encontrámonos cun primeiro grupo de circunstancias, todas contidas en apartado 1 do artigo 60, que lles impiden ás persoas afectadas contratar con calquera ente do sector público:

- Ser condenadas mediante sentenza firme por delitos de terrorismo, constitución ou integración dunha organización ou grupo criminal, asociación ilícita, financiamento ilegal dos partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción nos negocios, tráfico de influencias, suborno, prevaricación, fraudes, negociacións e actividades prohibidas aos funcionarios, delitos contra a Facenda Pública e a Seguridade Social, delitos contra os dereitos dos traballadores, malversación, branqueo de capitais, delitos relativos á ordenación do territorio e o urbanismo, a

protección do patrimonio histórico e o medio, ou á pena de inhabilitación especial para o exercicio de profesión, oficio, industria ou comercio.

A prohibición de contratar alcanzará as persoas xurídicas que sexan declaradas penalmente responsables, e a aquelas cuxo s administradores ou representantes, o sexan de feito ou de dereito, vixente o seu cargo ou representación e ata o seu cesamento, encontrásense na situación mencionada neste apartado.

- Ser sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamento da competencia, de integración laboral e de igualdade de oportunidades e non discriminación das persoas con discapacidade, ou de estranxeiría, de conformidade co establecido na normativa vixente; por infracción moi grave en materia ambiental, de acordo co establecido na Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental; na Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas; na Lei 4/1989, do 27 de marzo, de conservación dos espazos naturais e da flora e da fauna silvestres; na Lei 11/1997, do 24 de abril, de envases e residuos de envases; na Lei 10/1998, do 21 de abril, de residuos; no texto refundido da Lei de augas, aprobado polo Real decreto legislativo 1/2001, do 20 de xullo, e na Lei 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integrados da contaminación; ou por infracción moi grave en materia laboral ou social, de acordo co disposto no texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado polo Real decreto legislativo 5/2000, do 4 de agosto, así como pola infracción grave prevista no artigo 22.2 do citado texto.

- Solicitar a declaración de concurso voluntario, ser declaradas insolventes en calquera procedemento, atoparse declaradas en concurso, salvo que neste se adquirise a eficacia dun convenio, estar suxeitos a intervención xudicial ou ser inhabilitados conforme á Lei 22/2003, do 9 de xullo, concursal, sen que conclúise o período de inhabilitación fixado na sentenza de cualificación do concurso.

- Non se atopar ao corrente no cumprimento das obrigas tributarias ou de Seguridade Social impostas polas disposicións vixentes, nos termos que regulamentariamente se determinen; ou no caso de empresas de 50 ou máis traballadores, non cumprir o requisito de que polo menos o 2 por cento dos seus

empregados sexan traballadores con discapacidade, de conformidade co artigo 42 do Real decreto legislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, nas condicións que regulamentariamente se determinen.

En relación co cumprimento das súas obrigas tributarias ou coa Seguridade Social, considerarase que as empresas se encontran ao corrente neste cando as débedas estean aprazadas, fraccionadas ou se acordase a súa suspensión con ocasión da impugnación de tales débedas.

- Cumprir, por causa que lle sexa imputable, a obriga de comunicar a información que corresponda en materia de clasificación e a relativa aos rexistros de licitadores e empresas clasificadas, cando a competencia para declarar a prohibición lle corresponda ao ministro de Facenda e Administracións Públicas.

- Estar incurso a persoa física ou os administradores da persoa xurídica nalgún dos supostos da Lei 5/2006, do 10 de abril, de regulación dos conflitos de intereses dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración Xeral do Estado ou as respectivas normas das comunidades autónomas, da Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas ou tratarse de calquera dos cargos electivos regulados na Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral, nos termos establecidos nesta.

A prohibición alcanzará as persoas xurídicas en cuxo capital participen, nos termos e contías establecidas na lexislación citada, o persoal e os altos cargos a que se refire o parágrafo anterior, así como os cargos electos ao servizo destas.

A prohibición esténdese igualmente, en ambos os dous casos, aos cónxuxes, persoas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendentes e descendentes, así como a parentes en segundo grao por consanguinidade ou afinidade das persoas a que se refiren os parágrafos anteriores, cando se produza conflito de intereses co titular do órgano de contratación ou os titulares dos órganos nos que se delegase a facultade para contratar ou os que exerzan a substitución do primeiro.

- Contratar persoas respecto das que se publicase no *Boletín Oficial do Estado* o

incumprimento a que se refire o artigo 18.6 da Lei 5/2006, do 10 de abril, de regulación dos conflitos de intereses dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración xeral do Estado ou nas respectivas normas das comunidades autónomas, por pasar a prestar servizos en empresas ou sociedades privadas directamente relacionadas coas competencias do cargo desempeñado durante os dous anos seguintes á data de cesamento neste. A prohibición de contratar manterase durante o tempo que permaneza dentro da organización da empresa a persoa contratada co límite máximo de dous anos a contar dende o cesamento como alto cargo.

Un segundo grupo de circunstancias, que aparecen no primeiro inciso do artigo 60.1.e) e no artigo 60.2 TRLCSP, en principio só impiden contratar no ámbito do órgano de contratación competente para a súa declaración, aínda que a devandita prohibición se poderá estender ao correspondente sector público no que se integre o órgano de contratación, nos termos previstos polo artigo 61 bis. Este último artigo engade que, excepcionalmente, e sempre que previamente se estendesen ao correspondente sector público territorial, os efectos destas prohibicións de contratar se poderán estender ao conxunto do sector público. A devandita extensión de efectos a todo o sector público realizarase polo ministro de Facenda e Administracións Públicas, logo de proposta da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, e por solicitude da comunidade autónoma ou entidade local correspondente nos casos en que a prohibición de contratar proveña de tales ámbitos. Aquí inclúense as seguintes circunstancias:

- Incorrer en falsidade ao efectuar a declaración responsable a que se refire o artigo 146 ou ao facilitar calquera outros datos relativos á súa capacidade e solvencia.
- Retirar indebidamente a súa proposición ou candidatura nun procedemento de adxudicación, ou imposibilitar a adxudicación do contrato ao seu favor por non cumprir o establecido no apartado 2 do artigo 151 dentro do prazo sinalado mediando dolo, culpa ou negligencia.
- Deixar de formalizar o contrato, que foi adxudicado ao seu favor, nos prazos previstos no artigo 156.3 por causa imputable ao adxudicatario.
- Incumprir as cláusulas que son esenciais no contrato, incluíndo as condicións

especiais de execución establecidas de acordo co sinalado no artigo 118, cando o devandito incumprimento fose definido nos pregos ou no contrato como infracción grave, concorrendo dolo, culpa ou negligencia no empresario, e sempre que dese lugar á imposición de penalidades ou á indemnización de danos e perdas.

- Dar lugar, por causa da que fosen declarados culpables, á resolución firme de calquera contrato asinado cunha entidade das comprendidas no artigo 3 da presente lei.

Por último, no caso especial da prohibición de contratar imposta en virtude de sanción administrativa firme conforme ao previsto na Lei 38/2003, do 17 de novembro xeral de subvencións, ou na Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria (artigo 60.1.f) TRLCSP), os efectos da prohibición produciranse respecto das administracións públicas que se establezan na resolución sancionadora que as impuxo (artigo 61 bis.4).

Con carácter xeral, o apartado 3 do artigo 60 TRLCSP advirte que as prohibicións de contratar lles afectarán tamén a aquelas empresas das que, por razón das persoas que as rexen ou doutras circunstancias, poida presumirse que son continuación ou que derivan, por transformación, fusión ou sucesión, doutras empresas nas que concorresen aquelas.

- Solvencia

Segundo o artigo 62 TRLCSP, para asinar contratos co sector público os empresarios deberán acreditar estar en posesión das condicións mínimas de solvencia económica e financeira e profesional ou técnica que determine o órgano de contratación.

Este requisito será substituído polo da clasificación, cando esta sexa esixible conforme ao disposto nesta lei.

Os requisitos mínimos de solvencia que deba reunir o empresario e a documentación requirida para acreditar estes indicaranse no anuncio de licitación e especificaranse no prego do contrato. Deberán estar vinculados ao seu obxecto e ser proporcionais a este.

La disposición adicional 7.^a TRLCSP establece que as axencias estatais, os organismos públicos de investigación e organismos similares das comunidades autónomas non necesitarán estar clasificados nin acreditar a súa solvencia económica e financeira e a solvencia técnica para ser adxudicatarios de contratos do sector público. Estas entidades

estarán igualmente exentas de constituír garantías, nos casos en que sexan esixibles.

A esta excepción á esixencia de solvencia súmanselle as excepcións á esixencia de clasificación que se verá máis adiante.

O artigo 63 TRLCSP sinala que para acreditar a solvencia necesaria para asinar un contrato determinado, o empresario poderá basearse na solvencia e medios doutras entidades, independentemente da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas (por exemplo un contrato mercantil), sempre que demostre que, para a execución do contrato, dispón efectivamente deses medios.

Nos contratos de servizos e de obras, así como nos contratos de subministración que inclúan servizos ou traballos de colocación e instalación, poderá esixírselles ás persoas xurídicas que especifiquen, na oferta ou na solicitude de participación, os nomes e a cualificación profesional do persoal responsable de executar a prestación (artigo 64.1 TRLCSP).

Sinala o artigo 64.2 TRLCSP que os órganos de contratación poderán esixirlles aos candidatos ou licitadores, facéndoo constar nos pregos, que, ademais de acreditar a súa solvencia ou, se ó caso, a clasificación, se comprometan a dedicar ou adscribir a execución do contrato os medios persoais ou materiais suficientes para iso. Estes compromisos integraranse no contrato, podendo os pregos ou o documento contractual atribuírlles o carácter de obrigas esenciais para os efectos previstos no artigo 223.f), ou establecer penalidades, conforme ao sinalado no artigo 212.1, para o caso de que se incumpran polo adxudicatario.

- Clasificación das empresas

Na actualidade, de acordo co artigo 65.1 TRLCSP, a clasificación só se esixe como requisito indispensable para contratar coas administracións públicas nos contratos de obras cuxo valor considerado sexa igual ou superior a 500.000 euros. Nestes mesmos casos, as entidades do sector público que non teñan o carácter de Administración pública poderán esixirlles unha determinada clasificación aos licitadores para definir as condicións de solvencia requiridas para asinar o correspondente contrato (artigo 65.5 TRLCSP).

A clasificación será esixible igualmente ao cesionario dun contrato no caso en que lle fose requirida ao cedente (artigo 65.2 TRLCSP).

Establécense as seguintes excepcións:

- Por real decreto poderá exceptuarse a necesidade de clasificación para determinados tipos de contratos de obras e de servizos (hai que entender só de obras) nos que este requisito sexa esixible ou acordar a súa esixencia para tipos de contratos de obras e servizos nos que non o sexa, tendo en conta as circunstancias especiais concorrentes nestes (artigo 65.3 TRLCSP).
- Cando non concorra ningunha empresa clasificada nun procedemento de adxudicación dun contrato para o que se requira clasificación, o órgano de contratación poderá excluír a necesidade de cumprir este requisito no seguinte procedemento que se convoque para a adxudicación do mesmo contrato, precisando no prego de cláusulas e no anuncio, se é o caso, os medios de acreditación da solvencia que deban ser utilizados de entre os especificados nos artigos 75, 76 e 78 (artigo 65.4 TRLCSP).
- Non será esixible a clasificación aos empresarios non españois de estados membros da Unión Europea, xa concorran ao contrato illadamente ou integrados nunha unión, sen prexuízo da obriga de acreditar a súa solvencia (artigo 66.1 TRLCSP).
- Excepcionalmente, cando así sexa conveniente para os intereses públicos, a contratación da Administración xeral do Estado e os entes organismos e entidades dela dependentes con persoas que non estean clasificadas poderá ser autorizada polo Consello de Ministros, logo de informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado. No ámbito das comunidades autónomas, a autorización será outorgada polos órganos que estas designen como competentes (artigo 66.2 TRLCSP).

Hai outros supostos en que a clasificación é facultativa para o contratista, é dicir, este pode elixir entre acreditar a súa solvencia mediante a súa clasificación ou ben acreditando o cumprimento dos requisitos específicos de solvencia esixidos no anuncio de licitación ou na invitación a participar no procedemento e detallados nos pregos do contrato:

- Contratos de obras cuxo valor estimado sexa inferior a 500.000 euros (artigo 65.1.a, parágrafo segundo, TRLCSP).

- Contratos de servizos, sempre que o obxecto do contrato estea incluído no ámbito de clasificación dalgún dos grupos ou subgrupos de clasificación vixentes, atendendo para iso ao código CPV do contrato (artigo 65.1.b) TRLCSP).

Nos demais tipos de contratos, a clasificación non será esixible nin aplicable (artigo 65.1.c) TRLCSP).

De acordo co artigo 67.1 TRLCSP, a clasificación das empresas farase en función da súa solvencia, valorada conforme ao establecido nos artigos 75,76 e 78, e determinará os contratos a cuxa adxudicación poidan concorrer ou optar por razón do seu obxecto e da súa contía.

A expresión da contía efectuarase:

- Por referencia ao valor íntegro do contrato, cando a duración deste sexa igual ou inferior a un ano.
- Por referencia ao valor medio anual deste, cando se trate de contratos de duración superior.

Para proceder á clasificación será necesario:

- Que o empresario acredite a súa personalidade e capacidade de obrar.
- Que se encontra legalmente habilitado para realizar a correspondente actividade, por dispoñer das correspondentes autorizacións ou habilitacións empresariais ou profesionais e reunir os requisitos de colexiación ou inscrición ou outros semellantes que poidan ser necesarios.
- Que non está incurso en prohibicións de contratar.

No suposto de persoas xurídicas pertencentes a un grupo de sociedades, e para os efectos da valoración da súa solvencia económica, financeira, técnica ou profesional, poderase ter en conta as sociedades pertencentes ao grupo, sempre e cando a persoa xurídica en cuestión acredite que terá efectivamente á súa disposición, durante o prazo a que se refire o artigo 70.2 TRLCSP, os medios das devanditas sociedades necesarios para a execución dos contratos.

Denegarase a clasificación daquelas empresas das que, á vista das persoas que as rexen ou doutras circunstancias, poida presumirse que son continuación ou que derivan, por

transformación, fusión ou sucesión, doutras afectadas por unha prohibición de contratar.

Para os efectos de valorar e apreciar a concorrencia do requisito de clasificación, respecto dos empresarios que concorran agrupados no caso do artigo 59 TRLCSP, atenderase, na forma que regulamentariamente se determine, ás características acumuladas de cada un deles, expresadas nas súas respectivas clasificacións. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas as empresas obtivesen previamente a clasificación como empresa de obras ou de servizos, en relación co contrato ao que opten, sen prexuízo do establecido para os empresarios non españois de estados membros da Unión Europea no apartado 4 do artigo 48 TRLCSP.

En canto á competencia para a clasificación, debe estarse ao estipulado no artigo 68 TRLCSP.

No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, o Decreto 237/2007, do 5 de decembro, creou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, cuxo artigo 2.4 lle atribúe competencias para "acordar a clasificación e revisión da clasificación para os contratos que celebren os órganos de contratación da Comunidade Autónoma de Galicia, os seus organismos autónomos e demais entidades públicas sinaladas no apartado anterior", nos termos establecidos no TRLCSP.

Os acordos relativos á clasificación das empresas inscribíranse de oficio no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas que corresponda en función do órgano que os adoptase (artigo 69 TRLCSP) e terán unha vixencia indefinida en tanto o empresario manteña as condicións e circunstancias en que se baseou a súa concesión. Non obstante, e sen prexuízo da posibilidade de revisión ou comprobación dos elementos da clasificación, para a conservación da clasificación deberá xustificarse:

- Anualmente, o mantemento da solvencia económica e financeira.
- Cada tres anos, o da solvencia técnica e profesional.

A clasificación será revisable a petición dos interesados ou de oficio pola Administración en canto varíen as circunstancias tomadas en consideración para concedela.

II. REXISTROS OFICIAIS

1. REXISTROS DE CONTRATISTAS

- Disposicións comúns

De acordo co artigo 328.1 TRLCSP, nos rexistros oficiais de contratistas poderán constar, para cada empresa inscrita nestes, os seguintes datos:

- Os correspondentes á súa personalidade e capacidade de obrar, no caso de persoas xurídicas.
- Os relativos á extensión das facultades dos representantes ou apoderados con capacidade para actuar no seu nome e obrigala contractualmente.
- Os referentes ás autorizacións ou habilitacións profesionais e aos demais requisitos que resulten necesarios para actuar no seu sector de actividade.
- Os datos relativos á solvencia económica e financeira, que se reflectirán de forma independente se o empresario carece de clasificación.
- A clasificación obtida conforme ao disposto nos artigos 65 a 71, así como cantas incidencias se produzan durante a súa vixencia; nesta inscrición, e como elemento desagregado da clasificación, indicarse a solvencia económica e financeira do empresario.
- As prohibicións de contratar que lles afecten.
- Calquera outros datos de interese para a contratación pública que se determinen regulamentariamente.

En todo caso, faranse constar no rexistro, as prohibicións de contratar a que se refire o apartado 4 do artigo 61.

En canto ao réxime de inscrición, engade o artigo 329 TRLCSP que, sen prexuízo do disposto en canto á necesidade de inscribir a clasificación obtida e as prohibicións de contratar referenciadas no artigo 61.4, a inscrición nos rexistros oficiais de licitadores e empresas clasificadas é voluntaria para os empresarios, os cales poderán determinar que datos de entre os mencionados no artigo anterior desexan que se reflectan neles.

Non obstante, a inscrición da clasificación obtida polo empresario requirirá a constancia no

registro das circunstancias mencionadas nas letras a) e c) do apartado 1 do artigo 328. De igual modo, a inscrición dos datos a que se refiren as letras b), c) e d) do mesmo apartado non poderá facerse sen que consten os que lle afectan á personalidade e capacidade de obrar do empresario.

O artigo 330 TRLCSP obriga os empresarios inscritos a poñer en coñecemento do registro calquera variación que se produza nos datos reflectidos neste, así como a superveniencia de calquera circunstancia que determine a concorrencia dunha prohibición de contratar. A omisión desta comunicación, mediando dolo culpa ou negligencia, fará incorrer o empresario na circunstancia prevista na letra e) do apartado 1 do artigo 60.

Por último, o artigo 331 TRLCSP establece que estes rexistros serán públicos para todos os que teñan interese lexítimo en coñecer o seu contido, remitindo para o réxime de acceso a este ao artigo 37 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, e ás normas que desenvolvan ou complementen este precepto, remisión que hoxe se debe entender ao capítulo III do título I da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno. Non obstante, o artigo 332 TRLCSP sinala que o Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Estado e os rexistros oficiais de empresas clasificadas das comunidades autónomas, no desenvolvemento da súa actividade e nas súas relacións recíprocas, facilitaranlles ás outras administracións a información que estas precisen sobre o contido dos respectivos rexistros.

- Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Estado

De acordo co artigo 326.1 TRLCSP, o Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Estado dependerá do Ministerio de Economía e Facenda, e a súa levanza de contas corresponderalles aos órganos de apoio técnico da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado.

Neste rexistro faranse constar os datos relativos á capacidade dos empresarios que fosen clasificados pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, así como aqueles outros que solicitasen a inscrición dalgún dos datos mencionados nas letras a) a d) do apartado 1 do artigo 328.

- Rexistro Xeral de Contratistas da Comunidade Autónoma de Galicia

O artigo 327 TRLCSP sinala que as comunidades autónomas poderán crear os seus propios

registros oficiais de licitadores e empresas clasificadas, nos que se inscribirán as condicións de aptitude dos empresarios que así o soliciten, que fosen clasificados por elas, ou que incorresen nalgunha prohibición de contratar cuxa declaración lles corresponda a estas ou ás entidades locais incluídas no seu ámbito territorial.

Os órganos competentes das comunidades autónomas que opten por non levar o seu propio rexistro independente de licitadores e empresas clasificadas practicarán no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Sector Público as inscricións de oficio das prohibicións de contratar ás que se refire o apartado anterior. Poderán practicar igualmente no devandito rexistro as demais inscricións indicadas no citado apartado cando se refiran a empresarios domiciliados no seu ámbito territorial e así lles sexa solicitado polo interesado.

A práctica de inscricións no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Sector Público polos órganos competentes das comunidades autónomas esixirá a subscripción previa dun convenio para tal efecto co Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

Tanto as inscricións practicadas no Rexistro Oficial de Licitadores e Empresas Clasificadas do Sector Público polas comunidades autónomas en virtude do disposto nos apartados 2 e 3 deste artigo como as practicadas polos órganos da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado terán, sen ningunha distinción, os mesmos efectos acreditativos e eficacia plena fronte a todos os órganos de contratación do sector público.

Na Comunidade Autónoma de Galicia, o Decreto 262/2001, do 20 de setembro, polo que se refunde a normativa reguladora do Rexistro Xeral de Contratistas, perfila a este rexistro como un instrumento auxiliar da contratación administrativa, co obxecto de facilitar a concorrencia de licitadores e axilizar a tramitación dos procedementos de contratación pública.

No rexistro poderán inscribirse todas aquelas persoas, físicas ou xurídicas, que pretendan concorrer ás licitacións que convoque a Administración autonómica a través das súas consellerías, organismos, entidades e empresas, referidas a contratos de obra, xestión de servizos públicos, subministracións, consultoría e asistencia, servizos e, en xeral, calquera outro de natureza administrativa, de conformidade co establecido na lexislación de

contratos.

A inscrición no rexistro é voluntaria, polo que non lles impedirá concorrer ás licitacións, achegando todos os documentos esixidos nos pregos de cláusulas que reñan a contratación, aos contratistas non inscritos. Non obstante, a inscrición será obrigatoria para os contratistas que desexen acollerse ao réxime de fianzas (garantías) globais.

2. REXISTROS DE CONTRATOS

- O Rexistro de Contratos do Sector Público

De acordo co artigo 331.1 TRLCSP, o Ministerio de Economía e Facenda creará e manterá un Rexistro de Contratos, no que se inscribirán os datos básicos dos contratos adxudicados polas distintas administracións públicas e demais entidades do sector público suxeitos a esta lei. O Rexistro de Contratos do Sector Público constitúe o sistema oficial central de información sobre a contratación pública en España e, como tal, cumpre importantes finalidades previstas no apartado 2 deste artigo.

Os órganos de contratación de todas as administracións públicas e demais entidades do sector público comunicaranlle ao rexistro, para a súa inscrición, os datos básicos dos contratos adxudicados, así como, se é o caso, as súas modificacións, prórrogas, variacións de prazos ou de prezo, o seu importe final e extinción. As comunicacións efectuaranse por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. O apartado 6 sinala que nos casos de administracións públicas que dispoñan de rexistros de contratos análogos, a comunicación de datos poderá ser substituída por comunicacións entre os respectivos rexistros de contratos.

O rexistro facilitaralles o acceso aos seus datos de modo telemático aos órganos da Administración que os precisen para o exercicio das súas competencias legalmente atribuídas e, en particular, aos órganos competentes en materia de fiscalización do gasto ou inspección de tributos. Así mesmo, facilitaralles o acceso público aos datos que non teñan o carácter de confidenciais. Ao obxecto de garantir a identificación única e precisa de cada contrato, as administracións e entidades comunicantes asignarán a cada un deles un código identificador.

O Goberno enviaralles, anualmente, ás Cortes Xerais un informe sobre a contratación pública en España, a partir dos datos e das análises que proporcione o Rexistro de

Contratos do Sector Público.

- *O Rexistro de Contratos da Comunidade Autónoma de Galicia*

O Decreto autonómico 198/1995, do 16 de marzo, crea o Rexistro de Contratos da Comunidade Autónoma de Galicia, que ten por obxecto a inscrición de todos os contratos administrativos, así como a anotación das incidencias que orixine o seu cumprimento, celebrados pola Administración da comunidade autónoma e polos seus organismos autónomos e sociedades públicas autonómicas.

III. OBXECTO, PREZO E CONTÍA DO CONTRATO

1. OBXECTO

O artigo 86.1 TRLCSP sinala que o obxecto dos contratos do sector público deberá ser determinado.

Non poderá fraccionarse un contrato coa finalidade de diminuír a contía deste e eludir así os requisitos de publicidade ou os relativos ao procedemento de adxudicación que correspondan.

Cando o obxecto do contrato admita fraccionamento e así se xustifique debidamente no expediente, poderá preverse a realización independente de cada unha das súas partes mediante a súa división en lotes, sempre que estes sexan susceptibles de utilización ou aproveitamento separado e constitúan unha unidade funcional, ou así o esixa a natureza do obxecto.

Así mesmo, poderán contratarse separadamente prestacións diferenciadas dirixidas a integrarse nunha obra, tal e como esta é definida no artigo 6, cando as devanditas prestacións gocen dunha substantividade propia que permita unha execución separada, por ter que ser realizadas por empresas que contén cunha determinada habilitación.

Nos casos previstos nos parágrafos anteriores, as normas procedimentais e de publicidade que deben aplicarse na adxudicación de cada lote ou prestación diferenciada determinaranse en función do valor acumulado do conxunto, salvo o disposto nos artigos 14.2, 15.2 e 16.2.

2. PREZO

En canto ao prezo, o artigo 87.1 TRLCSP dispón que nos contratos do sector público, a

retribución do contratista consistirá nun prezo certo que deberá expresarse en euros, sen prexuízo do cal o seu pagamento poida facerse mediante a entrega doutras contraprestacións nos casos en que o TRLCSP ou outras leis así o prevexan. Os órganos de contratación coidarán de que o prezo sexa adecuado para o efectivo cumprimento do contrato mediante a correcta estimación do seu importe, atendendo ao prezo xeral de mercado, no momento de fixar o orzamento de licitación e a aplicación, se é o caso, das normas sobre ofertas con valores anormais ou desproporcionados.

O prezo do contrato poderá formularse tanto en termos de prezos unitarios referidos aos distintos compoñentes da prestación ou ás unidades desta que se entreguen ou executen como en termos de prezos aplicables a prezo fixado á totalidade ou parte das prestacións do contrato. En todo caso, indicarase, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba soportar a Administración.

Os prezos fixados no contrato poderán ser revisados ou actualizados, nos termos previstos no capítulo II do título III TRLCSP, se se trata de contratos das administracións públicas, ou na forma pactada no contrato, noutro caso, cando deban ser axustados, á alza ou á baixa, para ter en conta as variacións económicas que se produzan durante a execución do contrato.

Os contratos, cando a súa natureza e obxecto o permitan, poderán incluír cláusulas de variación de prezos en función do cumprimento de determinados obxectivos de prazos ou de rendemento, así como penalizacións por incumprimento de cláusulas contractuais, debendo determinar con precisión os supostos en que se producirán estas variacións e as regras para a súa determinación.

Excepcionalmente poden celebrarse contratos con prezos provisionais cando, tras a tramitación dun procedemento negociado ou dun diálogo competitivo, se poña de manifesto que a execución do contrato debe comezar antes de que a determinación do prezo sexa posible pola complexidade das prestacións ou a necesidade de utilizar unha técnica nova, ou que non existe información sobre os custos de prestacións análogas e sobre os elementos técnicos ou contables que permitan negociar con precisión un prezo certo.

Nos contratos asinados con prezos provisionais o prezo determinarase, dentro dos límites

fixados para o prezo máximo, en función dos custos en que realmente incorra o contratista e do beneficio que se acordase, para o que, en todo caso, se detallarán no contrato os seguintes extremos:

- O procedemento para determinar o prezo definitivo, con referencia aos custos efectivos e á fórmula de cálculo do beneficio.
- As regras contables que o adxudicatario deberá aplicar para determinar o custo das prestacións.
- Os controis documentais e sobre o proceso de produción que o adxudicador poderá efectuar sobre os elementos técnicos e contables do custo de produción.

Nos contratos poderá preverse que a totalidade ou parte do prezo sexa satisfeito en moeda distinta do euro. Neste suposto expresarase na correspondente divisa o importe que deba satisfacerse nesa moeda, e incluírase unha estimación en euros do importe total do contrato.

Prohíbese o pagamento aprazado do prezo nos contratos das administracións públicas, agás nos supostos en que o sistema de pagamento se estableza mediante a modalidade de arrendamento financeiro ou de arrendamento con opción de compra, así como nos casos en que esta ou outra lei o autorice expresamente.

3. CONTÍA DO CONTRATO

O artigo 88 TRLCSP parte sinala que para todos os efectos previstos no propio TRLCSP lei, o valor estimado dos contratos virá determinado polo importe total, sen incluír o imposto sobre o valor engadido.

No cálculo do importe total estimado, deberán terse en conta calquera forma de opción eventual e as eventuais prórrogas do contrato. Cando se prevexa aboar primas ou efectuar pagamentos aos candidatos ou licitadores, a contía destes terase en conta no cálculo do valor estimado do contrato.

A estimación deberá facerse tendo en conta os prezos habituais no mercado, e estar referida ao momento do envío do anuncio de licitación ou ao momento en que o órgano de contratación inicie o procedemento de adxudicación do contrato.

Nos apartados seguintes do precepto establécense regras especiais para o cálculo do valor

estimado segundo o tipo contractual, obras, servizos e subministracións.

4. REVISIÓN DE PREZOS NOS CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO

De acordo co artigo 89.1 TRLCSP, os prezos dos contratos do sector público só poderán ser obxecto de revisión periódica e predeterminada nos termos establecidos no capítulo II do título III do propio TRLCSP.

Non caberá a revisión periódica non predeterminada ou non periódica dos prezos dos contratos.

Entenderase por prezo calquera retribución ou contraprestación económica do contrato, que sexan aboadas pola Administración ou polos usuarios.

Logo da xustificación no expediente e de conformidade co previsto no real decreto ao que se refiren os artigos 4 e 5 da Lei 2/2015, de desindexación da economía española, a revisión periódica e predeterminada de prezos só poderá levar a cabo nos contratos de obra, nos contratos de subministración de fabricación de armamento e equipamento das administracións públicas e naqueles outros contratos nos que o período de recuperación do investimento sexa igual ou superior a cinco anos. O devandito período calcularase conforme ao disposto no real decreto anteriormente citado.

Non se considerarán revisables en ningún caso os custos asociados ás amortizacións, os custos financeiros, os gastos xerais ou de estrutura nin o beneficio industrial. Os custos de man de obra dos contratos distintos dos de obra, subministración de fabricación de armamento e equipamento das administracións públicas, revisaranse cando o período de recuperación do investimento sexa igual ou superior a cinco anos e a intensidade no uso do factor traballo sexa considerada significativa, de acordo cos supostos e cos límites establecidos no real decreto.

Nos supostos en que proceda, o órgano de contratación poderá establecer o dereito a revisión periódica e predeterminada de prezos e fixará a fórmula de revisión que deba aplicarse, atendendo á natureza de cada contrato e á estrutura e evolución dos custos das prestacións deste.

O prego de cláusulas administrativas particulares ou o contrato deberán detallar, en tales casos, a fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante a vixencia do contrato e

determinará a revisión de prezos en cada data respecto á data de adxudicación do contrato, sempre que a adxudicación se produza no prazo de tres meses dende a finalización do prazo de presentación de ofertas, ou respecto á data en que remate o devandito prazo de tres meses se a adxudicación se produce con posterioridade.

Cando proceda, a revisión periódica e predeterminada de prezos nos contratos do sector público terá lugar, nos termos establecidos no capítulo II do título III TRLCSP, cando o contrato se executase, polo menos, no 20 por 100 do seu importe e transcorresen dous anos dende a súa formalización. En consecuencia o primeiro 20 por 100 executado e os dous primeiros anos transcorridos dende a formalización quedarán excluídos da revisión.

Non obstante, nos contratos de xestión de servizos públicos, a revisión de prezos poderá ter lugar transcorridos dous anos dende a formalización do contrato, sen que sexa necesario ter executado o 20 por 100 da prestación.

IV. GARANTÍAS ESIXIBLES NA CONTRATACIÓN DO SECTOR PÚBLICO

1. GARANTÍA PROVISIONAL

Establece o artigo 103 TRLCSP que, en atención ás circunstancias concorrentes en cada contrato, os órganos de contratación das administracións públicas poderán esixirlles aos licitadores a constitución dunha garantía que responda do mantemento das súas ofertas ata a adxudicación deste. Para o licitador que resulte adxudicatario, a garantía provisional responderá tamén do cumprimento das obrigas que lle impón o segundo parágrafo do artigo 151.2.

Cando o órgano de contratación decida esixir unha garantía provisional, deberá xustificar suficientemente no expediente as razóns da súa esixencia para ese concreto contrato.

En canto ao importe da garantía provisional, sinala o apartado 2 do artigo 103 que se determinará nos pregos de cláusulas administrativas, sen que poida ser superior a un 3 por 100 do orzamento do contrato, excluído o imposto sobre o valor engadido, así como o réxime da súa devolución.

A garantía provisional extinguirase automaticamente e será devolta aos licitadores inmediatamente despois da adxudicación do contrato. En todo caso, a garantía será retida ao licitador cuxa proposición fose seleccionada para a adxudicación ata que proceda a

constitución da garantía definitiva, e incautada ás empresas que retiren inxustificadamente a súa proposición antes da adxudicación.

O adxudicatario poderá aplicar o importe da garantía provisional á definitiva ou proceder a unha nova constitución desta última, en cuxo caso a garantía provisional cancelárase simultaneamente á constitución da definitiva.

2. GARANTÍA DEFINITIVA

De acordo co artigo 95.1 TRLCSP, os que presenten as ofertas economicamente máis vantaxosas nas licitacións dos contratos que celebren as administracións públicas deberán constituír a disposición do órgano de contratación unha garantía dun 5 por 100 do importe de adxudicación, excluído o imposto sobre o valor engadido. No caso dos contratos con prezos provisionais a que se refire o artigo 87.5, a porcentaxe calcularase con referencia ao prezo máximo fixado.

Non obstante, logo de atender as circunstancias concorrentes no contrato, o órgano de contratación poderá eximir o adxudicatario da obriga de constituír garantía, xustificándoo axeitadamente nos pregos, especialmente no caso de subministracións de bens consumibles cuxa entrega e recepción deba efectuarse antes do pagamento do prezo. Esta exención non será posible no caso de contratos de obras e de concesión de obras públicas.

En casos especiais, o órgano de contratación poderá establecer no prego de cláusulas que, ademais da garantía a que se refire o apartado anterior, se preste unha complementaria de ata un 5 por 100 do importe de adxudicación do contrato, podendo alcanzar a garantía total un 10 por 100 do prezo do contrato.

De acordo co artigo 100 TRLCSP, a garantía definitiva responderá dos seguintes conceptos:

- Das penalidades impostas ao contratista conforme ao artigo 212.
- Da correcta execución das prestacións contempladas no contrato, dos gastos orixinados á Administración pola demora do contratista no cumprimento das súas obrigas, e dos danos e perdas ocasionados a esta con motivo da execución do contrato ou polo seu incumprimento, cando non proceda a súa resolución.
- Da incautación que pode decretarse nos casos de resolución do contrato, de

acordo co que nel ou nesta lei estea establecido.

- Ademais, no contrato de subministración a garantía definitiva responderá da inexistencia de vicios ou defectos dos bens subministrados durante o prazo de garantía que se previse no contrato.

Engade o artigo 102.1 TRLCSP que a garantía non será devolta ou cancelada ata que se producise o vencemento do prazo de garantía e se cumprise satisfactoriamente o contrato de que se trate, ou ata que se declare a resolución deste sen culpa do contratista.

Aprobada a liquidación do contrato e transcorrido o prazo de garantía, se non resultaren responsabilidades devolverase a garantía constituída ou cancelarse o aval ou seguro de caución.

O acordo de devolución deberá adoptarse e notificárselle ao interesado no prazo de dous meses dende a finalización do prazo de garantía. Transcorrido este, a Administración deberá aboarlle ao contratista a cantidade debida incrementada co xuro legal do diñeiro correspondente ao período transcorrido dende o vencemento do citado prazo ata a data da devolución da garantía, se esta non se fixese efectiva por causa imputable á Administración.

No suposto de recepción parcial só poderá solicitar o contratista a devolución ou cancelación da parte proporcional da garantía cando así se autorice expresamente no prego de cláusulas administrativas particulares.

Nos casos de cesión de contratos non se procederá á devolución ou cancelación da garantía prestada polo cedente ata que se atope formalmente constituída a do cesionario.

Transcorrido un ano dende a data de terminación do contrato, sen que a recepción formal e a liquidación tivesen lugar por causas non imputables ao contratista, procederase, sen máis demora, á devolución ou cancelación das garantías, logo de depurar as responsabilidades ás que se refire o artigo 100.

Cando o importe do contrato sexa inferior a 1.000.000 de euros, se se trata de contratos de obras, ou a 100.000 euros, no caso doutros contratos, ou cando as empresas licitadoras reúnan os requisitos de pequena ou mediana empresa, definida segundo o establecido no Regulamento (CE) n.º 800/2008, da Comisión, do 6 de agosto de 2008,

polo que se declaran determinadas categorías de axuda compatibles co mercado común en aplicación dos artigos 107 e 108 do tratado e non estean controladas directa ou indirectamente por outra empresa que non cumpra tales requisitos, o prazo reducirase a seis meses.

3. GARANTÍA GLOBAL

Como alternativa á prestación dunha garantía singular para cada contrato, o artigo 98 TRLCSP permítelles aos empresarios constituír unha garantía global para afianzar as responsabilidades que poidan derivarse da execución de todos os que celebre cunha administración pública, ou con un ou varios órganos de contratación.

Esta garantía global responderá, xenérica e permanentemente, do cumprimento polo adxudicatario das obrigas derivadas dos contratos cubertos por esta ata o 5 por 100, ou porcentaxe maior que proceda, do importe de adxudicación ou do orzamento base de licitación, cando o prezo se determine en función de prezos unitarios, sen prexuízo de que a indemnización de danos e perdas a favor da Administración que, se é o caso, poida ser procedente, se faga efectiva sobre o resto da garantía global.

Para os efectos da afectación da garantía global a un contrato concreto, a caixa ou establecemento onde se constituíse emitirá, a petición dos interesados, unha certificación acreditativa da súa existencia e suficiencia, nun prazo máximo de tres días hábiles dende a presentación da solicitude en tal sentido, e procederá a inmovilizar o importe da garantía que se debe constituír, que se liberará cando quede cancelada a garantía.

4. GARANTÍAS NOS CONTRATOS ASINADOS POR ENTES QUE NON TEÑEN A CONSIDERACIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

O artigo 104.1 TRLCSP indica que nos contratos que celebren os entes, organismos e entidades do sector público que non teñan a consideración de administracións públicas, os órganos de contratación poderán esixirlles a prestación dunha garantía aos licitadores ou candidatos, para responder do mantemento das súas ofertas ata a adxudicación e, se é o caso, a formalización do contrato ou ao adxudicatario, para asegurar a correcta execución da prestación.

O importe da garantía, que poderá presentarse nalgunha das formas previstas no artigo 96, así como o réxime da súa devolución ou cancelación serán establecidos polo órgano de

contratación, unha vez que se atendan as circunstancias e características do contrato.

TEMA 24

PREPARACIÓN DOS CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: NORMAS XERAIS. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.

TEMA 24. PREPARACIÓN DOS CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: NORMAS XERAIS. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.

I. PREPARACIÓN DE CONTRATOS POLAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: NORMAS XERAIS

1. O EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

- Necesidade do expediente

A “vida” dun contrato consta de catro fases, que son as de preparación, adxudicación, efectos (tamén chamada “execución”) e extinción. Neste tema estúdanse as normas xerais das dúas primeiras fases (preparación e adxudicación), e no tema seguinte, as dúas últimas (efectos e extinción).

A fase de preparación dos contratos coincide coa tramitación dun procedemento administrativo denominado “expediente de contratación”.

A este respecto, o artigo 109.1 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro (TRLCSP) sinala que “a celebración de contratos por parte das administracións públicas requirirá a tramitación previa do correspondente expediente”.

O expediente de contratación comprende as actuacións a través das cales a Administración forma a súa vontade contractual mediante a elaboración e aprobación dun conxunto de actos administrativos, de maneira que, como principio xeral, non pode haber contrato sen que previamente se tramitase o dito expediente, excepto na tramitación de emerxencia (Informe JCCA 31/2005, do 29 de xuño).

O expediente de contratación iníciase (de oficio) polo órgano de contratación motivando a necesidade do contrato nos termos previstos no artigo 22 TRLCSP (xa examinado).

O expediente deberá referirse á totalidade do obxecto do contrato, sen prexuízo da súa eventual división en lotes (artigo 86.3 TRLCSP), para os efectos da licitación e da adxudicación.

- Contido do expediente

Ao expediente incorporaranse:

- O prego de cláusulas administrativas particulares e o de prescricións técnicas que deban rexer o contrato (dos que se falará máis adiante). No caso de que o procedemento elixido para adxudicar o contrato sexa o de diálogo competitivo, os pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas serán substituídos polo documento descritivo a que fai referencia o artigo 181.1.
- O certificado de existencia de crédito (comprobación da existencia dunha partida de diñeiro do orzamento que poida dedicarse ao contrato) ou documento que legalmente o substitúa.
- A fiscalización previa da intervención, se é o caso, nos termos previstos na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria.
- Xustificación adecuada da elección do procedemento (aberto, restrinxido, negociado...) e dos criterios que se terán en consideración para adxudicar o contrato (prezo, prazos de entrega, rendibilidade...).

- Resolución do expediente

De acordo co artigo 110.1 TRLCSP, “completado o expediente de contratación, ditarase resolución motivada polo órgano de contratación aprobando este”. Ademais de concluír o expediente de contratación, esa mesma resolución motivada tamén supón:

- A apertura do procedemento de adxudicación, co que se lle dá inicio á segunda fase da vida do contrato, é dicir, á fase de adxudicación.
- Así mesmo, implica, como principio xeral, a aprobación do gasto, co que a partida correspondente do orzamento quedará vinculada ao contrato. Este gasto aprobado recibe o nome de “orzamento base de licitación” ou “orzamento do contrato”.

Os expedientes de contratación poderán concluírse (mesmo coa adxudicación e formalización do correspondente contrato) aínda cando a súa execución (xa se realice

nunha ou en varias anualidades) deba iniciarse no exercicio seguinte.

Para estes efectos poderán comprometerse créditos coas limitacións que se determinen nas normas orzamentarias das distintas administracións públicas suxeitas a esta lei.

Esta previsión do artigo 110.2 TRLCSP vén significar que nos orzamentos do ano en que se adxudica ou formaliza non é necesario que exista unha partida orzamentaria específica destinada ao pagamento do contrato, pois mentres non haxa execución non xurdirá a obriga de pagamento.

- Expediente nos contratos menores

De acordo co artigo 111 TRLCSP, nos contratos menores, a tramitación do expediente só esixirá a aprobación do gasto e a incorporación a este da factura correspondente, que deberá reunir os requisitos que as normas de desenvolvemento desta lei establezan. No contrato menor de obras deberá engadirse, ademais: o orzamento das obras, o correspondente proxecto cando normas específicas así o requiran, o informe de supervisión a que se refire o artigo 125 (comprobación de que o proxecto se acomoda ás normas técnicas relacionadas coas obras: anchura mínima de corredores, altura mínima de teitos, saídas de emerxencia...) cando o traballo lle afecte á estabilidade, seguridade ou estanquidade da obra”.

- Tramitación urxente do expediente

Á tramitación urxente do expediente refírese o artigo 112, que sinala que “poderán ser obxecto de tramitación urxente os expedientes correspondentes aos contratos cuxa celebración lle responda a unha necesidade inaprazable ou cuxa adxudicación sexa preciso acelerar por razóns de interese público. Para tales efectos, o expediente deberá conter a declaración de urxencia feita polo órgano de contratación, debidamente motivada.

Os expedientes cualificados de urxentes tramitaranse seguindo o mesmo procedemento que os ordinarios, coas seguintes especialidades:

- Os expedientes gozarán de preferencia para o seu despacho polos distintos órganos que interveñan na tramitación, que dispoñerán dun prazo de cinco días

para emitir os respectivos informes ou levar a cabo os trámites correspondentes.

Cando a complexidade do expediente ou calquera outra causa igualmente xustificada impida cumprir o prazo antes indicado, os órganos que deban evacuar o trámite poñerano en coñecemento do órgano de contratación que declarase a urxencia. En tal caso, o prazo quedará prorrogado ata dez días.

- Logo de acordar a apertura do procedemento de adxudicación, os prazos establecidos nesta lei para a licitación, adxudicación e formalización do contrato reduciranse á metade, salvo o prazo de quince días hábiles establecido no parágrafo primeiro do artigo 156.3 como período de espera antes da formalización do contrato.

Con todo, cando se trate de procedementos relativos a contratos suxeitos a regulación harmonizada, esta redución non lles afectará aos prazos establecidos nos artigos 158 e 159 para a facilitación de información aos licitadores e a presentación de proposicións no procedemento aberto. Nos procedementos restrinxidos e nos negociados nos que, conforme ao previsto no artigo 177.1, proceda a publicación dun anuncio da licitación, o prazo para a presentación de solicitudes de participación poderá reducirse ata quince días, contados desde o envío do anuncio de licitación, ou ata dez, se este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, e o prazo para facilitar a información suplementaria a que se refire o artigo 166.4 reducirase a catro días. No procedemento restrinxido, o prazo para a presentación de proposicións previsto no artigo 167.1 poderá reducirse ata dez días a partir da data do envío da invitación para presentar ofertas.

- O prazo de inicio da execución do contrato non poderá ser superior a quince días hábiles, contados desde a formalización. Se se excedese este prazo, o contrato poderá ser resolto, salvo que o atraso se debese a causas alleas á Administración contratante e ao contratista e así se fixese constar na correspondente resolución motivada.

- Tramitación de emerxencia

Xunto á tramitación de urxencia, cabe seguir a tramitación de emerxencia, de acordo co artigo 113 TRLCSP, “cando a Administración teña que actuar de maneira inmediata por mor de acontecementos catastróficos, de situacións que supoñan grave perigo ou de necesidades que lle afecten á defensa nacional”.

O órgano de contratación, sen obriga de tramitar expediente administrativo, poderá ordenar a execución do necesario para remediar o acontecemento producido ou satisfacer a necesidade sobrevinda, ou contratar libremente o seu obxecto, en todo ou en parte, sen suxeitarse aos requisitos formais establecidos na presente lei, incluso o da existencia de crédito suficiente. Ademais, poderá adxudicar o contrato mesmo verbalmente.

Non se dará o recurso especial en materia de contratación en relación cos procedementos de adxudicación que se sigan polo trámite de emerxencia (artigo 40.4 TRLCSP), co que, se é o caso, caberá a interposición do recurso administrativo de reposición e/ou o recurso contencioso-administrativo.

2. PREGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS E DE PRESCRICIÓNS TÉCNICAS

Os pregos de cláusulas administrativas son os documentos que recollen os dereitos e obrigas, pactos e condicións que pormenoriza o vínculo xurídico nado do contrato.

Pola súa banda, os pregos de prescricións técnicas son instrucións de orde técnica de acordo coas cales deberá executarse a prestación por parte do contratista (características dos materiais para empregar, a súa procedencia, medidas de seguridade e saúde...).

- Pregos de cláusulas administrativas xerais

Os pregos de cláusulas administrativas xerais (PCAG) son documentos cuxa existencia o artigo 114 TRLCSP prevé con carácter potestativo, polo que non existen para todo tipo de contratos.

Determinan, sen contravir a normativa de contratos, as condicións xurídicas, económicas e administrativas dun tipo de contrato determinado.

No ámbito estatal, o órgano competente para a súa aprobación é o Consello de Ministros, a iniciativa dos ministerios interesados, a proposta do ministro de Economía e Facenda, e logo do ditame do Consello de Estado.

Cando se trate de pregos xerais para a adquisición de bens e servizos relacionados coas tecnoloxías para a información (como a compra de computadores), a proposta ao Consello de Ministros corresponderalles conxuntamente ao ministro de Economía e Facenda e ao ministro de administracións públicas.

O TRLCSP, no seu artigo 114.3, establece a posibilidade de que comunidades autónomas e entidades integrantes da Administración local poidan aprobalos, de acordo coas súas normas específicas, logo do ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva, se o houbese.

- Pregos de cláusulas administrativas particulares

Os pregos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) apróbaos o órgano de contratación e, de acordo co artigo 115 TRLCSP, incluírán os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigas das partes do contrato e as demais mencións requiridas polo TRLCSP e as súas normas de desenvolvemento, sen contravilas.

Á diferenza dos anteriores, a súa existencia é obrigatoria (mesmo para os contratos privados, e con independencia do tipo de procedemento seguido –aberto, restrinxido, negociado...–), so pena de nulidade do contrato, salvo nos seguintes casos: nos contratos menores, nos contratos de emerxencia, nos contratos celebrados no estranxeiro, nos contratos de colaboración entre o sector público e privado (neste caso, os pregos substitúense por un documento descritivo do contrato).

O artigo 115.5 TRLCSP, de carácter non básico, establece que “a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado deberá informar con carácter previo todos os pregos particulares en que se propoña a inclusión de estipulacións contrarias aos correspondentes pregos xerais”.

Existe a posibilidade, de acordo co artigo 115.4 TRLCSP, de que o órgano de contratación aprobe modelos de pregos particulares para determinadas categorías de contratos de

natureza análoga (como, por exemplo, para subministracións adxudicadas por procedemento aberto ou restrinxido, ou para contratos de xestión de servizos públicos por concerto mediante procedemento aberto ou restrinxido, como se fixo na Junta de Andalucía).

A doutrina é unánime ao sinalar que os PCAP non teñen carácter normativo (nin sequera os modelos tipo, que son só documentos de traballo interno).

- Pregos de prescricións técnicas

Os pregos de prescricións técnicas xerais (PPTG) tamén son, igual que os PCAG, documentos de carácter potestativo.

A súa aprobación correspóndelle, no ámbito estatal, ao Consello de Ministros, logo do informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (a diferenza dos PCAG, nos que o TRLCSP non esixe este informe e si o ditame do Consello de Estado), a proposta do ministro correspondente (artigo 116.2 TRLCSP).

Non existe un artigo similar ao 114.3 TRLCSP, examinado con anterioridade, que lles atribúa competencia ás comunidades autónomas e entidades integrantes da Administración local, pero ao carecer de carácter básico o artigo 100.2 TRLCSP, a regulación específica autonómica podería prevelo.

Os pregos de prescricións técnicas (PPT), igual que os PCAP, apróbaos o órgano de contratación “con anterioridade á autorización do gasto ou conxuntamente con ela, e sempre antes da licitación do contrato, ou, de non existir esta, antes da súa adxudicación” (artigo 116.1 TRLCSP).

O seu contido vén desenvolvido no artigo 68 do Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro.

O artigo 117 TRLCSP indica que as prescricións técnicas definiranse, na medida do posible:

- Tendo en conta criterios de accesibilidade universal e de deseño para todos, tal como son definidos estes termos na Lei 51/2003, do 2 de decembro, de igualdade

de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade.

- Sempre que o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o medio ambiente, aplicando criterios de sustentabilidade e protección ambiental, de acordo coas definicións e principios regulados nos artigos 3 e 4, respectivamente, da Lei 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integrados da contaminación.

De non ser posible definir as prescricións técnicas tendo en conta criterios de accesibilidade universal e de deseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

As prescricións técnicas deberán permitir o acceso en condicións de igualdade dos licitadores, sen que poidan ter por efecto a creación de obstáculos inxustificadas á apertura dos contratos públicos á competencia.

Sen prexuízo das instrucións e regulamentos técnicos nacionais que sexan obrigatorios, a condición de que sexan compatibles co dereito comunitario, as prescricións técnicas poderán definirse dalgunha das seguintes formas:

- Facendo referencia, de acordo coa seguinte orde de prelación, a especificacións técnicas contidas en normas nacionais que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidade técnica europeos, a especificacións técnicas comúns, a normas internacionais, a outros sistemas de referencias técnicas elaborados polos organismos europeos de normalización ou, na súa falta, a normas nacionais, a documentos de idoneidade técnica nacionais ou a especificacións técnicas nacionais en materia de proxecto, cálculo e realización de obras e de posta en funcionamento de produtos, acompañando cada referencia da mención "ou equivalente".
- En termos de rendemento ou de esixencias funcionais, incorporando a estas últimas, cando o obxecto do contrato afecte ou poida afectar o medio ambiente, a contemplación de características ambientais. Os parámetros empregados deben ser suficientemente precisos como para permitir a determinación do obxecto do contrato polos licitadores e a adxudicación deste aos órganos de contratación.

- En termos de rendemento ou de esixencias funcionais, conforme ao indicado na letra b), facendo referencia, como medio de presunción de conformidade cos mesmos, ás especificacións citadas na letra a).
- Facendo referencia ás especificacións técnicas mencionadas na letra a), para certas características, e ao rendemento ou ás esixencias funcionais mencionados na letra b), para outras.

Salvo que o xustifique o obxecto do contrato, as especificacións técnicas non poderán mencionar unha fabricación ou unha procedencia determinada ou un procedemento concreto, nin facer referencia a unha marca, a unha patente ou a un tipo, a unha orixe ou a unha produción determinados coa finalidade de favorecer ou descartar certas empresas ou certos produtos (artigo 117.8).

- Condicións especiais de execución do contrato

Sinala o artigo 118 TRLCSP que os órganos de contratación poderán establecer condicións especiais en relación coa execución do contrato, sempre que sexan compatibles co dereito comunitario e se indique no anuncio de licitación e no prego ou no contrato.

Merecen especial consideración das condicións de ámbito ambiental ou social e a súa finalidade.

Estas condicións de execución poderán referirse, en especial, a consideracións de tipo ambiental (como a subministración de bens en recipientes reutilizables) ou a consideracións de tipo social (como o compromiso de contratación dunha determinada porcentaxe de mulleres, tendente á eliminación de desigualdades entre o home e a muller no mercado laboral).

- Información sobre as obrigas relativas á fiscalidade, protección do medio ambiente, emprego e condicións laborais

O órgano de contratación poderá sinalar no prego o organismo ou organismos dos que os candidatos ou licitadores poidan obter a información pertinente sobre estas obrigas, que serán aplicables aos traballos efectuados na obra ou aos servizos prestados durante a

execución do contrato.

O órgano de contratación que facilite esta información solicitaralles aos licitadores ou aos candidatos nun procedemento de adxudicación de contratos que manifesten ter en conta na elaboración das súas ofertas as obrigas derivadas das disposicións vixentes en materia de protección do emprego, condicións de traballo e prevención de riscos laborais, e protección do medio ambiente, o que non obstará a aplicación do disposto no artigo 152 TRLCSP (que se verá posteriormente) sobre verificación das ofertas que inclúan valores anormais ou desproporcionados (artigo 119 TRLCSP).

- Información sobre as condicións de subrogación en contratos de traballo

Naqueles contratos que lle impoñan ao adxudicatario a obriga de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais (como sería o caso en que un novo contratista pasa a facerse cargo da xestión dunha cafetería da Administración, pero asumindo todos os traballadores –camareiros, cociñeiros, persoal de limpeza...– do contratista anterior), o órgano de contratación deberá facilitarlles aos licitadores, no propio prego ou na documentación complementaria, a información sobre as condicións dos contratos (soldo, xornada laboral...) dos traballadores aos que lles afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida.

Para estes efectos, a empresa que viñese efectuando a prestación obxecto do contrato para adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionarlle a referida información ao órgano de contratación, a requirimento deste (artigo 120 TRLCSP).

II. ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

1. NORMAS XERAIS

- Procedementos de adxudicación

Tal como vimos anteriormente, a resolución pola que se aproba o expediente de contratación supón o inicio do procedemento de adxudicación, co que comeza a segunda

fase da vida do contrato.

Os apartados 2 a 4 do artigo 138 TRLCSP sinalan que a adxudicación se realizará:

- Ordinariamente, utilizando o procedemento aberto ou o procedemento restrinxido.
- Nos supostos enumerados nos artigos 170 a 175 TRLCSP (casos, por tanto, taxados), ambos inclusive, poderá seguirse o procedemento negociado.
- Nos casos previstos no artigo 180 (casos tamén taxados) poderá recorrerse ao diálogo competitivo.
- Os contratos menores poderán adxudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación, cumprindo coas normas establecidas no artigo 11 (xa examinadas).

Considéranse contratos menores os contratos de importe inferior a 50.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 18.000 euros, cando se trate doutros contratos, sen prexuízo do disposto no artigo 206 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizados no ámbito estatal.

- Nos concursos de proxectos seguirase o procedemento regulado na sección VI deste capítulo.

- Principios reitores

Os órganos de contratación daranlles aos licitadores e candidatos un tratamento igualitario e non discriminatorio e axustarán a súa actuación ao principio de transparencia (artigo 139 TRLCSP).

Segundo o artigo 140, os órganos de contratación non poderán divulgar a información facilitada polos empresarios que estes designasen como confidencial.

Este carácter afecta, en particular, aos segredos técnicos ou comerciais, e aspectos confidenciais das ofertas.

Esta regra enténdese sen prexuízo das disposicións do TRLCSP relativas á publicidade da adxudicación e á información que se lles debe dar aos candidatos e aos licitadores.

Sinala o artigo 140.2 TRLCSP que o contratista deberá respectar o carácter confidencial da información:

- Á que teña acceso con ocasión da execución do contrato á que se lle deu o referido carácter nos pregos ou no contrato.
- Que pola súa propia natureza deba ser tratada como tal.

Este deber manterase durante un prazo de cinco anos desde o coñecemento desa información, salvo que os pregos ou o contrato establezan un prazo maior.

- *Publicidade*

Os órganos de contratación poderán publicar (non é obrigatorio) un anuncio de información previa co fin de dar a coñecer, en relación cos contratos de obras, subministracións e servizos que teñan proxectado adxudicar nos doce meses seguintes, os seguintes datos:

- No caso dos contratos de obras, as características esenciais daqueles cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 5.225.000 euros.
- No caso dos contratos de subministración, o seu valor total estimado, desagregado por grupos de produtos referidos a partidas do Vocabulario común dos contratos públicos (CPV), cando ese valor total sexa igual ou superior a 750.000 euros.
- No caso dos contratos de servizos, o valor total estimado para cada categoría das comprendidas nos números 1 a 16 do anexo II, cando ese valor total sexa igual ou superior a 750.000 euros.

Os anuncios publicaranse, opcionalmente, no *Diario Oficial da Unión Europea* ou no perfil de contratante do órgano de contratación.

No caso de que a publicación vaia a efectuarse no perfil de contratante do órgano de

contratación, este deberá comunicalo previamente á Comisión Europea e ao *Boletín Oficial do Estado* por medios electrónicos, de acordo co formato e ás modalidades de transmisión que se establezan. No anuncio previo indicárase a data en que se enviou esta comunicación.

Os anuncios enviaranse á Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas ou publicaranse no perfil de contratante canto antes, unha vez tomada a decisión pola que se autorice o programa no que se contemple a celebración dos correspondentes contratos, no caso dos de obras, ou unha vez iniciado o exercicio orzamentario, nos restantes.

A publicación do anuncio previo, cumprindo coas condicións establecidas nos artigos 159.1 e 167.1 TRLCSP, permitirá reducir os prazos para a presentación de proposicións nos procedementos abertos e restrinxidos na forma que neses preceptos se determina.

De acordo co artigo 142.1 TRLCSP, os procedementos para a adxudicación de contratos das administracións públicas, fóra dos negociados que se sigan en casos distintos dos contemplados nos apartados 1 e 2 do artigo 177 (é dicir, fóra dos negociados sen publicidade), deberán anunciarse no *Boletín Oficial do Estado* (o modelo do anuncio atópase no anexo VII do Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas). Con todo, cando se trate de contratos das comunidades autónomas, entidades locais ou organismos ou entidades de dereito público dependentes destas, poderase substituír a publicidade no *Boletín Oficial do Estado* pola que se realice nos diarios ou boletíns oficiais autonómicos ou provinciais.

Cando os contratos estean suxeitos a regulación harmonizada (contratos SARA), a licitación deberá publicarse, ademais, no *Diario Oficial da Unión Europea*, sen que neste caso a publicidade efectuada nos diarios oficiais autonómicos ou provinciais poida substituír á que debe facerse no *Boletín Oficial do Estado* (polo que nestes casos o anuncio enviarase primeiro ao DOUE e, posteriormente, publicarase no BOE).

Cando o órgano de contratación o estime conveniente, os procedementos para a adxudicación de contratos de obras, subministracións ou servizos non suxeitos a regulación harmonizada poderán ser anunciados, ademais, no DOUE.

O envío do anuncio (non a súa publicación efectiva) ao DOUE deberá preceder a calquera outra publicidade. Os anuncios que se publiquen noutros diarios ou boletíns deberán indicar a data daquel envío, da que o órgano de contratación deixará proba suficiente no expediente, e non poderán conter indicacións distintas ás incluídas no devandito anuncio.

Os anuncios de licitación publicaranse, así mesmo, no perfil de contratante do órgano de contratación (páxina web do órgano de contratación).

Nos procedementos negociados seguidos nos casos previstos no artigo 177.2, esta publicidade poderá substituír á que debe efectuarse no *Boletín Oficial do Estado* ou nos diarios oficiais autonómicos ou provinciais.

- Solicitudes de participación e proposicións dos licitadores

De acordo co artigo 143 TRLCSP, os órganos de contratación fixarán os prazos de recepción das ofertas e solicitudes de participación tendo en conta o tempo que razoablemente poida ser necesario para preparar aquelas, atendida a complexidade do contrato, e respectando, en todo caso, os prazos mínimos fixados nesta lei se o expediente de contratación foi declarado de tramitación urxente, os prazos establecidos neste capítulo reduciranse na forma prevista na letra b) do apartado 2 do artigo 112 (artigo 144).

O artigo 146.1 TRLCSP establece que as proposicións (no procedemento aberto) e as solicitudes de participación (nos procedementos restrinxido e negociado e no diálogo competitivo) deberán ir acompañadas dos seguintes documentos:

- Os que acrediten a personalidade xurídica do empresario e, se é o caso, a súa representación.
- Os que acrediten a clasificación da empresa, se é o caso, ou xustifiquen os requisitos da súa solvencia económica, financeira e técnica ou profesional.
- Unha declaración responsable de non estar incurso en prohibición de contratar.
- Se é o caso, un enderezo de correo electrónico en que efectuar as notificacións.

- Para as empresas estranxeiras, nos casos en que o contrato vaia a executarse en España, a declaración de someterse á xurisdición dos xulgados e tribunais españois de calquera orde, para todas as incidencias que de modo directo ou indirecto puidesen xurdir do contrato, con renuncia, se é o caso, ao foro xurisdiccional estranxeiro que puidese corresponderlle ao licitante.

Cando de acordo ao TRLCSP sexa necesaria a presentación doutros documentos indicárase esta circunstancia no prego de cláusulas administrativas particulares ou no documento descritivo e no correspondente anuncio de licitación.

Con todo, matiza o apartado 4 do artigo 146 que o órgano de contratación, se o estima conveniente, poderá establecer no prego de cláusulas administrativas particulares que a achega inicial da documentación establecida no apartado 1 se substitúa por unha declaración responsable do licitador indicando que cumpre as condicións establecidas legalmente para contratar coa Administración. En tal caso, o licitador a cuxo favor recaia a proposta de adxudicación, deberá acreditar ante o órgano de contratación, previamente á adxudicación do contrato, a posesión e validez dos documentos esixidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable nos contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros e de subministracións e servizos con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso o órgano de contratación, en orde a garantir o bo fin do procedemento, poderá solicitar, en calquera momento anterior á adopción da proposta de adxudicación, que os licitadores acheguen documentación acreditativa do cumprimento das condicións establecidas para ser adxudicatario do contrato.

En canto ás proposicións dos interesados, son as ofertas presentadas polos interesados.

De acordo co artigo 145 TRLCSP, deberán axustarse ao previsto no prego de cláusulas administrativas particulares, e a súa presentación supón a aceptación incondicionada polo empresario do contido da totalidade das devanditas cláusulas ou condicións, sen excepción ou reserva.

As proposicións serán secretas e arbitraranse os medios que garantan tal carácter ata o

momento da licitación pública (é dicir, o momento da apertura das ofertas, que se realiza nun día, hora e lugar determinados), sen prexuízo do disposto nos artigos 148 e 182 en canto á información que debe facilitarse aos participantes nunha poxa electrónica ou nun diálogo competitivo, como se verá máis adiante.

O acto polo cal os interesados presentan as súas ofertas (“proposicións”) chámase “licitar”, por iso é polo que os interesados que presentan as súas ofertas reciban o nome de “licitadores”.

Cada licitador non poderá presentar máis dunha proposición, sen prexuízo do disposto no artigo 147 sobre admisibilidade de variantes ou melloras e no artigo 148 sobre presentación de novos prezos ou valores no seo dunha poxa electrónica. Tampouco poderá subscribir ningunha proposta en unión temporal con outros se o fixo individualmente ou figurar en máis dunha unión temporal. A infracción destas normas dará lugar á non admisión de todas as propostas por el subscritas.

Na proposición deberá indicarse, como partida independente, o importe do imposto sobre o valor engadido que deba ser repercutido.

De acordo co artigo 147 TRLCSP, cando na adxudicación haxan de terse en conta criterios distintos do prezo, o órgano de contratación poderá tomar en consideración as variantes ou melloras que ofrezan os licitadores, sempre que o prego de cláusulas administrativas particulares previse expresamente tal posibilidade.

A posibilidade de que os licitadores ofrezan variantes ou melloras indicarse no anuncio de licitación do contrato, precisando sobre que elementos e en que condicións queda autorizada a súa presentación.

Nos procedementos de adxudicación de contratos de subministración ou de servizos, os órganos de contratación que autorizasen a presentación de variantes ou melloras non poderán rexeitar unha delas polo único motivo de que, de ser elixida, daría lugar a un contrato de servizos no canto de a un contrato de subministración ou a un contrato de subministración no canto de a un contrato de servizos.

- *Poxa electrónica*

A lei regula tamén a chamada poxa electrónica para os efectos da adxudicación do contrato no seu artigo 148. Consiste nun proceso que, tras unha primeira avaliación completa das ofertas, permite posteriormente a presentación de melloras nos prezos ou de novos valores relativos a determinados elementos das ofertas que as melloren no seu conxunto (como os prazos de entrega). Realízase a través dun dispositivo electrónico que permita a súa clasificación a través de métodos de avaliación automáticos, é dicir, segundo se melloren os prezos ou os prazos de entrega, vía internet, as ofertas van variando automaticamente a través dunhas fórmulas matemáticas.

A poxa electrónica poderá empregarse nos procedementos abertos, nos restrinxidos e nos negociados que se sigan no caso previsto no artigo 170 a), sempre que as especificacións do contrato que deba adxudicarse poidan establecerse de maneira precisa e que as prestacións que constitúen o seu obxecto non teñan carácter intelectual. Non poderá recorrerse ás poxas electrónicas de forma abusiva ou de modo que se obstaculice, restrinxa ou falsee a competencia ou que se vexa modificado o obxecto do contrato.

A poxa electrónica basearase en variacións referidas ao prezo ou a valores dos elementos da oferta que sexan cuantificables e susceptibles de ser expresados en cifras ou porcentaxes (como o prezo ou os prazos de entrega).

En canto á sucesión no procedemento, o artigo 149 dispón que "se durante a tramitación dun procedemento e antes da adxudicación se producía a extinción da personalidade xurídica dunha empresa licitadora ou candidata por fusión, escisión ou pola transmisión do seu patrimonio empresarial, sucederalle na súa posición no procedemento as sociedades absorbentes, as resultantes da fusión, as beneficiarias da escisión ou as adquirentes do patrimonio ou da correspondente rama de actividade, sempre que cumpra estes dous requisitos:

- Reúna as condicións de capacidade e ausencia de prohibicións de contratar.
- Acredite a súa solvencia e clasificación nas condicións esixidas no prego de cláusulas administrativas particulares para poder participar no procedemento de

adxudicación.

2. SELECCIÓN DO ADXUDICATARIO E ADXUDICACIÓN DO CONTRATO

- Criterios de valoración das ofertas

En canto á selección do adxudicatario, o artigo 150 TRLCSP sinala que, para a valoración das proposicións e a determinación da oferta economicamente máis vantaxosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados ao obxecto do contrato, tales como a calidade, o prezo, a fórmula utilizable para revisar as retribucións ligadas á utilización da obra ou á prestación do servizo, o prazo de execución ou entrega da prestación, o custo de utilización, as características ambientais ou vinculadas coa satisfacción de esixencias sociais que respondan a necesidades, definidas nas especificacións do contrato, propias das categorías de poboación especialmente desfavorecidas ás que pertencen os usuarios ou beneficiarios das prestacións para contratar, a rendibilidade, o valor técnico, as características estéticas ou funcionais, a dispoñibilidade e custo dos repostos, o mantemento, a asistencia técnica, o servizo posventa ou outros semellantes.

Cando só se utilice un criterio de adxudicación, este debe ser, necesariamente, o do prezo máis baixo.

Os criterios que deben servir de base para a adxudicación do contrato determinaranse polo órgano de contratación e detallaranse no anuncio, nos pregos de cláusulas administrativas particulares ou no documento descritivo (que substitúe aos pregos no diálogo competitivo).

Na determinación dos criterios de adxudicación darase preponderancia a aqueles que fagan referencia a características do obxecto do contrato que poidan valorarse mediante cifras ou porcentaxes obtidos a través da simple aplicación das fórmulas establecidas nos pregos (como o prezo ou os prazos de entrega).

Cando nunha licitación que se siga por un procedemento aberto ou restrinxido se lles atribúa aos criterios avaliados de forma automática por aplicación de fórmulas unha ponderación inferior á correspondente aos criterios cuxa cuantificación dependa dun xuízo de valor (como as características estéticas ou funcionais), deberá constituírse un comité

que conte cun mínimo de tres membros, formado por expertos non integrados no órgano propoñente do contrato e con cualificación apropiada, ao que lle corresponderá realizar a avaliación das ofertas conforme a estes últimos criterios, ou encomendar esta avaliación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado nos pregos.

A avaliación das ofertas conforme aos criterios cuantificables mediante a simple aplicación de fórmulas (os obxectivos) realizarase tras efectuar previamente a daqueloutros criterios en que non concorran esta circunstancia (os subxectivos), deixándose constancia documental diso.

A valoración de máis dun criterio (estaríamos ante un “concurso”, de acordo coa nomenclatura da anterior normativa) procederá, en particular, na adxudicación dos seguintes contratos:

- Aqueles cuxos proxectos ou orzamentos non puidesen ser establecidos previamente e deban ser presentados polos licitadores.
- Cando o órgano de contratación considere que a definición da prestación é susceptible de ser mellorada por outras solucións técnicas, a propoñer polos licitadores mediante a presentación de variantes, ou por reducións no seu prazo de execución.
- Aqueles para cuxa execución facilite o órgano, organismo ou entidade contratante materiais ou medios auxiliares cuxa boa utilización esixa garantías especiais por parte dos contratistas.
- Aqueles que requiran o emprego de tecnoloxía especialmente avanzada ou cuxa execución sexa particularmente complexa.
- Contratos de xestión de servizos públicos.
- Contratos de subministracións, salvo que os produtos para adquirir estean perfectamente definidos por estar normalizados e non sexa posible variar os prazos de entrega nin introducir modificacións de ningunha clase no contrato, sendo, por conseguinte, o prezo o único factor determinante da adxudicación.

- Contratos de servizos, salvo que as prestacións estean perfectamente definidas tecnicamente e non sexa posible variar os prazos de entrega nin introducir modificacións de ningunha clase no contrato, sendo, por conseguinte, o prezo o único factor determinante da adxudicación.
- Contratos cuxa execución poida ter un impacto significativo no medio ambiente, en cuxa adxudicación se valorarán condicións ambientais medibles, tales como o menor impacto ambiental, o aforro e o uso eficiente da auga e a enerxía e dos materiais, o custo ambiental do ciclo de vida, os procedementos e métodos de produción ecolóxicos, a xeración e xestión de residuos ou o uso de materiais reciclados ou reutilizados ou de materiais ecolóxicos.

Cando se tome en consideración máis dun criterio, deberá precisarse a ponderación relativa atribuída a cada un deles (puntuación que se pode conseguir por prezo, prazos de entrega, posibilidade de repostos etc.), que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude adecuada (por exemplo, por prazos de entrega poderanse conseguir entre 0 e 10 puntos, indicando que puntuación lles corresponde aos distintos prazos posibles).

Cando, por razóns debidamente xustificadas, non sexa posible ponderar os criterios elixidos, estes enumeraranse por orde decrecente de importancia.

Os criterios elixidos e a súa ponderación indicaranse no anuncio de licitación, no caso de que deba publicarse.

Os pregos ou o contrato poderán (non é obrigatorio):

- Establecer penalidades, conforme ao previsto no artigo 212.1 TRLCSP, para os casos de incumprimento ou de cumprimento defectuoso da prestación que lles afecten a características desta que se tiveron en conta para definir os criterios de adxudicación.
- Atribuír á puntual observancia destas características o carácter de obriga contractual esencial para os efectos sinalados no artigo 223.f (causa de resolución).

- Clasificación das ofertas, adxudicación do contrato e notificación da adxudicación

Respecto da clasificación das ofertas, adxudicación do contrato e notificación da adxudicación, de acordo co artigo 151 TRLCSP, o órgano de contratación clasificará, por orde decrecente, as proposicións presentadas e que non fosen declaradas desproporcionadas ou anormais conforme ao sinalado no artigo 153 TRLCSP.

Para realizar a devandita clasificación, atenderá aos criterios de adxudicación sinalados no prego ou no anuncio podendo solicitar para iso cantos informes técnicos estime pertinentes. Cando o único criterio que se vaia considerar sexa o prezo, entenderase que a oferta economicamente máis vantaxosa é a que incorpora o prezo máis baixo.

O órgano de contratación requiriralle ao licitador que presentase a oferta economicamente máis vantaxosa para que, dentro do prazo de dez días hábiles (ampliable polas normas autonómicas, sen que se exceda o de vinte días hábiles), a contar desde o seguinte a aquel en que recibise o requirimento, presente a documentación xustificativa:

- De atoparse ao corrente no cumprimento das súas obrigas tributarias e coa Seguridade Social ou autorice ao órgano de contratación para obter de forma directa a acreditación diso.
- De dispoñer efectivamente dos medios que se comprometeu a dedicar ou adscribirle á execución do contrato conforme ao artigo 64.2.
- De constituír a garantía definitiva que sexa procedente.

Os correspondentes certificados poderán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos ou telemáticos, salvo que se estableza outra cousa nos pregos. As normas autonómicas de desenvolvemento desta lei poderán fixar un prazo maior ao previsto neste parágrafo, sen que se exceda o de vinte días hábiles.

De non cumprirse adecuadamente o requirimento no prazo sinalado, entenderase que o licitador retirou a súa oferta, procedéndose nese caso para solicitarlle a mesma documentación ao licitador seguinte, pola orde en que quedasen clasificadas as ofertas.

O órgano de contratación deberá adxudicar o contrato dentro dos cinco días hábiles

seguintes á recepción da documentación. Nos procedementos negociados e de diálogo competitivo, a adxudicación concretará e fixará os termos definitivos do contrato.

Non poderá declararse deserta unha licitación cando exista algunha oferta ou proposición que sexa admisible de acordo cos criterios que figuren no prego.

A adxudicación deberá ser motivada, notificaráselles aos candidatos ou licitadores e, simultaneamente, publicarse no perfil de contratante.

A notificación deberá conter, en todo caso, a información necesaria que lle permita ao licitador excluído ou candidato descartado interpoñer, conforme ao artigo 40, recurso suficientemente fundado contra a decisión de adxudicación, co contido mínimo establecido no artigo 151.4 TRLCSP.

Será de aplicación á motivación da adxudicación a excepción de confidencialidade contida no artigo 153 TRLCSP.

En todo caso, na notificación e no perfil de contratante indicarse o prazo en que debe procederse á súa formalización conforme ao artigo 156.3.

A notificación farase por calquera dos medios que permiten deixar constancia da súa recepción polo destinatario. En particular, poderá efectuarse por correo electrónico ao enderezo que os licitadores ou candidatos designasen ao presentar as súas proposicións, nos termos establecidos no artigo 28 da Lei 11/2007, do 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos. Con todo, o prazo para considerar rexeitada a notificación, cos efectos previstos no artigo 59.4 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, será de cinco días (non de dez).

- Ofertas con valores anormais ou desproporcionados

Segundo o artigo 152 TRLCSP, cando o único criterio valorable de forma obxectiva a considerar para a adxudicación do contrato sexa o do seu prezo, o carácter desproporcionado ou anormal das ofertas poderá apreciarse de acordo cos parámetros obxectivos que se establezan regulamentariamente, por referencia ao conxunto de ofertas válidas que se presentaron.

Cando para a adxudicación deba considerarse máis dun criterio de valoración, poderán expresarse (non é obrigatorio) nos pregos os parámetros obxectivos en función dos cales se apreciará, se é o caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados (por exemplo, prazos de entrega tan breves que resulte imposible a súa execución, de acordo co estado da técnica). Se o prezo ofertado é un dos criterios obxectivos que deben servir de base para a adxudicación, poderán indicarse (de novo, non é obrigatorio) no prego (non no regulamento) os límites que permitan apreciar, se é o caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia de ofertas desproporcionadas ou anormais.

Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberá dársele audiencia ao licitador que a presentase para que xustifique a valoración da oferta e precise as súas condicións, en particular no que se refire ao aforro que permita o procedemento de execución do contrato, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a orixinalidade das prestacións propostas, o respecto das disposicións relativas á protección do emprego e as condicións de traballo vixentes no lugar en que se vaia a realizar a prestación, ou a posible obtención dunha axuda de Estado. No procedemento deberá solicitarse o asesoramento técnico do servizo correspondente.

Se a oferta é anormalmente baixa debido a que o licitador obtivo unha axuda de Estado, só poderá rexeitarse a proposición por esta única causa se aquel non pode acreditar que tal axuda se concedeu sen contravir as disposicións comunitarias en materia de axudas públicas. O órgano de contratación que rexeite unha oferta por esta razón deberá informar diso á Comisión Europea cando o procedemento de adxudicación se refira a un contrato suxeito a regulación harmonizada.

Se o órgano de contratación, considerando a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no apartado anterior, estimase que a oferta non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados, excluíraa da clasificación e acordará a adxudicación a favor da proposición economicamente máis vantaxosa, de acordo coa orde en que fosen clasificadas conforme ao sinalado no apartado 1 do artigo anterior.

- *Obrigas de información sobre o resultado do procedemento*

De acordo co artigo 153 TRLCSP, o órgano de contratación poderá non comunicar determinados datos relativos á adxudicación:

- Cando considere, xustificándoo debidamente no expediente, que a divulgación desa información pode obstaculizar a aplicación dunha norma (como a normativa de protección de datos), resultar contraria ao interese público ou prexudicar intereses comerciais lexítimos de empresas públicas ou privadas ou a competencia leal entre elas.
- Cando se trate de contratos declarados secretos ou reservados ou cuxa execución deba ir acompañada de medidas de seguridade especiais conforme á lexislación vixente.
- Cando o esixa a protección dos intereses esenciais da seguridade do Estado e así se declarou de conformidade co previsto no artigo 13.2.d) TRLCSP.

De acordo co artigo 154 TRLCSP, a formalización dos contratos cuxa contía sexa igual ou superior ás cantidades indicadas no artigo 138.3 (é dicir, que non sexan contratos menores) publicarase no perfil de contratante do órgano de contratación indicando, como mínimo, os mesmos datos mencionados no anuncio da adxudicación.

Cando a contía do contrato sexa igual ou superior a 100.000 euros ou, no caso de contratos de xestión de servizos públicos, cando o orzamento de gastos de primeiro establecemento sexa igual ou superior ao devandito importe ou o seu prazo de duración exceda de cinco anos, deberá publicarse, ademais, no *Boletín Oficial do Estado* ou nos respectivos diarios ou boletíns oficiais das comunidades autónomas ou das provincias, un anuncio no que se dea conta da devandita formalización, nun prazo non superior a corenta e oito días a contar desde a súa data.

Cando se trate de contratos suxeitos a regulación harmonizada o anuncio deberá enviarse, no prazo sinalado no parágrafo anterior, ao *Diario Oficial da Unión Europea* e publicarse no *Boletín Oficial do Estado*.

No caso de contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II e de contía igual ou superior a 209.000 euros, o órgano de contratación comunicarlle a adxudicación á Comisión Europea, e indicará se estima procedente a súa publicación.

Nos casos a que se refire o artigo anterior, o órgano de contratación poderá non publicar determinada información relativa á adxudicación e formalización do contrato, xustificándoo debidamente no expediente.

- Renuncia á celebración do contrato e desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración

En relación á renuncia á celebración do contrato e desistencia do procedemento de adxudicación pola Administración, sinala o artigo 155 TRLCSP que no caso en que o órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para o que efectuase a correspondente convocatoria, ou decida reiniciar o procedemento para a súa adxudicación, notificarallo aos candidatos ou licitadores, e informará tamén a Comisión Europea desta decisión cando o contrato fose anunciado no *Diario Oficial da Unión Europea*.

A renuncia á celebración do contrato ou a desistencia do procedemento só poderán acordarse polo órgano de contratación antes da adxudicación. En ambos os casos compensarase aos candidatos ou licitadores polos gastos en que incorresen, na forma prevista no anuncio ou no prego, ou de acordo cos principios xerais que rexen a responsabilidade da Administración.

Só poderá renunciarse á celebración do contrato por razóns de interese público debidamente xustificadas no expediente. Neste caso, non poderá promoverse unha nova licitación do seu obxecto en tanto subsistan as razóns alegadas para fundamentar a renuncia.

A desistencia do procedemento deberá estar fundada nunha infracción non emendable das normas de preparación do contrato ou das reguladoras do procedemento de adxudicación, debendo xustificarse no expediente a concorrencia da causa. A desistencia non impedirá a iniciación inmediata dun novo procedemento de licitación.

- Formalización do contrato

De acordo co artigo 156 TRLCSP, os contratos que celebren as administracións públicas deberán formalizarse nun documento administrativo que se axuste con exactitude ás condicións da licitación. Este documento constituirá un título suficiente para acceder a calquera rexistro público. Con todo, o contratista poderá solicitar que o contrato se eleve a escritura pública, correndo do seu cargo os correspondentes gastos. En ningún caso poderanse incluír no documento en que se formalice o contrato cláusulas que impliquen alteración dos termos da adxudicación. No caso dos contratos menores definidos no artigo 122.3 estarase, en canto á súa formalización, ao disposto no artigo 111.

Se o contrato é susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme ao artigo 40.1, a formalización non poderá efectuarse antes de que transcorran quince días hábiles desde que se lles remita a notificación da adxudicación aos licitadores e candidatos. As comunidades autónomas poderán incrementar este prazo, sen que exceda dun mes.

O órgano de contratación requiriralle ao adxudicatario para que formalice o contrato en prazo non superior a cinco días a contar desde o seguinte a aquel en que recibise o requirimento, unha vez transcorrido o prazo previsto no parágrafo anterior sen que se interpuxese un recurso que leve aparellada a suspensión da formalización do contrato. De igual forma procederá cando o órgano competente para a resolución do recurso levántase a suspensión.

Nos restantes casos, a formalización do contrato deberá efectuarse non máis tarde dos quince días hábiles seguintes a aquel en que se reciba a notificación da adxudicación aos licitadores e candidatos na forma prevista no artigo 151.4.

Cando por causas imputables ao adxudicatario non se formalizase o contrato dentro do prazo indicado, a Administración poderá acordar a incautación sobre a garantía definitiva do importe da garantía provisional que, se é o caso, esixise.

Se as causas da non formalización fosen imputables á Administración, indemnizarase ao contratista dos danos e perdas que a demora lle puidese ocasionar.

Non poderá iniciarse a execución do contrato sen a súa formalización previa, excepto nos casos previstos no artigo 113 desta lei.

3. TIPOS DE PROCEDEMENTOS DE ADXUDICACIÓN

- O procedemento aberto (artigos 157 a 161 TRLCSP)

No procedemento aberto todo empresario interesado poderá presentar unha proposición, e quedará excluída toda negociación dos termos do contrato cos licitadores.

Neste procedemento, os licitadores presentarán proposicións nos prazos do artigo 159 TRLCSP.

O órgano competente para a valoración das proposicións, xeralmente a chamada “mesa de contratación”, cualificará a documentación presentada no sobre A, e procederá posteriormente (no prazo máximo dun mes contado desde a data de finalización do prazo para presentar as ofertas) á apertura e exame das proposicións (sobres B e C), formulando a correspondente proposta de adxudicación ao órgano de contratación, para que este, posteriormente, adxudique o contrato.

Cando o único criterio para considerar para seleccionar ao adxudicatario do contrato sexa o do prezo (antiga “poxa”), a adxudicación deberá recaer no prazo máximo de quince días a contar desde o seguinte ao de apertura das proposicións.

Cando para a adxudicación do contrato deban terse en conta unha pluralidade de criterios (antigo “concurso”), o prazo máximo para efectuar a adxudicación será de dous meses a contar desde a apertura das proposicións, salvo que se estableceu outro no prego de cláusulas administrativas particulares.

Os prazos indicados nos apartados anteriores ampliáranse en quince días hábiles cando sexa necesario seguir os trámites a que se refire o artigo 152.3, por atoparnos ante proposicións desproporcionadas ou anormais.

De non producirse a adxudicación dentro dos prazos sinalados, os licitadores terán dereito a retirar a súa proposición.

- O procedemento restrinxido (artigos 162 a 168 TRLCSP)

No procedemento restrinxido só poderán presentar proposicións aqueles empresarios que, á súa solicitude e en atención á súa solvencia, sexan seleccionados polo órgano de contratación. Neste procedemento estará prohibida toda negociación dos termos do contrato cos solicitantes ou candidatos.

Os interesados deberán presentar solicitudes de participación nos prazos establecidos no artigo 164 TRLCSP.

O órgano de contratación, unha vez comprobada a personalidade e solvencia dos solicitantes, seleccionará aos que deban pasar á seguinte fase, aos que convidará, simultaneamente e por escrito, a presentar as súas proposicións no prazo que proceda conforme ao sinalado no artigo 167 TRLCSP.

O número de candidatos convidados a presentar proposicións deberá ser igual, polo menos, ao mínimo que, se é o caso, se fixou previamente. Cando o número de candidatos que cumpran os criterios de selección sexa inferior a ese número mínimo, o órgano de contratación poderá continuar o procedemento cos que reúnan as condicións esixidas, sen que poida convidarse a empresarios que non solicitasen participar neste, ou a candidatos que non posúan esas condicións.

Na adxudicación do contrato será de aplicación o previsto nos artigos 160 e 161, salvo o que se refire á necesidade de cualificar previamente a documentación a que se refire o artigo 146.

- Procedemento negociado (artigos 169 a 178 TRLCSP)

No procedemento negociado a adxudicación recaerá no licitador xustificadamente elixido polo órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos e negociar as condicións do contrato con un ou varios deles.

O procedemento negociado será obxecto de publicidade previa nos casos previstos no artigo 177, nos que será posible a presentación de ofertas en concorrencia por calquera empresario interesado. Nos restantes supostos, non será necesario darlle publicidade ao

procedemento, asegurándose a concorrencia mediante o cumprimento do previsto no artigo 178.1.

Mentres o órgano de contratación pode elixir entre procedemento aberto ou restrinxido, o negociado só pode seguilo nos casos establecidos nos artigos 170 a 175 TRLCSP.

Cando se acuda ao procedemento negociado por concorrer as circunstancias previstas nas letras a) e b) do artigo 170, na letra a) do artigo 171 ou na letra a) do artigo 174, o órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación na forma prevista no artigo 142.

Poderá prescindirse da publicación do anuncio cando se acuda ao procedemento negociado por presentarse ofertas irregulares ou inaceptables nos procedementos antecedentes, sempre que na negociación inclúase a todos os licitadores que no procedemento aberto ou restrinxido, ou no procedemento de diálogo competitivo seguido con anterioridade presentasen ofertas conformes cos requisitos formais esixidos, e só a eles.

- Diálogo competitivo (artigos 179 a 183 TRLCSP)

No diálogo competitivo, o órgano de contratación dirixe un diálogo cos candidatos seleccionados, logo da súa solicitude, a fin de desenvolver unha ou varias solucións susceptibles de satisfacer as súas necesidades e que servirán de base para que os candidatos elixidos presenten unha oferta.

O diálogo competitivo poderá utilizarse no caso de contratos particularmente complexos cando o órgano de contratación considere que o uso do procedemento aberto ou o do restrinxido non permite unha adecuada adxudicación do contrato.

Os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado a que se refire o artigo 11 adxudicaranse por este procedemento, sen prexuízo de que poida seguirse o procedemento negociado con publicidade no caso previsto no artigo 170.a).

Séguese o procedemento establecido nos artigos 181 a 183 TRLCSP para o procedemento restrinxido, coa excepción de que, no caso de que se decida limitar o número de empresas

ás que se convidará a tomar parte no diálogo, este non poderá ser inferior a tres.

O órgano de contratación proseguirá o diálogo ata que se atope en condicións de determinar, despois de comparalas, se é preciso, as solucións que poidan responder as súas necesidades.

Tras declarar pechado o diálogo e informar diso a todos os participantes, o órgano de contratación convidaraos a que presenten a súa oferta final, baseada na solución ou solucións presentadas e especificadas durante a fase de diálogo.

- Concursos de proxectos (artigos 184 a 188)

Son concursos de proxectos os procedementos encamiñados á obtención de planos ou proxectos, principalmente nos campos da arquitectura, o urbanismo, a enxeñería e o procesamento de datos, a través dunha selección que, tras a correspondente licitación, encoméndase a un xurado.

O seu principal característica é a existencia do xurado, formado por persoas físicas independentes dos participantes no concurso de proxectos, e que terá autonomía de decisión ou de ditame.

No non previsto, o concurso dos proxectos rexerase polas disposicións reguladoras da contratación de servizos (réxime subsidiario).

TEMA 25

**EFFECTOS DOS CONTRATOS. AS
PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN.
EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS
CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN E
SUBCONTRATACIÓN. RÉXIME DE INVALIDEZ E
RECURSOS.**

TEMA 25. EFECTOS DOS CONTRATOS. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN E SUBCONTRATACIÓN. RÉXIME DE INVALIDEZ E RECURSOS.

I. EFECTOS DOS CONTRATOS

O artigo 208 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro (TRLCSP), establece que “os efectos dos contratos administrativos rexeranse polas normas a que fai referencia o artigo 19.2 e polos pregos de cláusulas administrativas e de prescricións técnicas, xerais e particulares”.

Segundo o artigo 209 do TRLCSP, “os contratos deberán cumprirse a teor das súas cláusulas, sen prexuízo das prerrogativas establecidas pola lexislación en favor das administracións públicas”.

II. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRACIÓN

As prerrogativas ou privilexios establecidos pola lexislación en favor das administracións públicas nos contratos administrativos (non nos privados) son unha manifestación da potestade xeral de autotutela da que gozan en atención ao seu papel protector do interese público (artigo 103.1 da Constitución).

O artigo 210 do TRLCSP fai unha enumeración das prerrogativas da Administración ao sinalar que dentro dos límites e con suxeición aos requisitos e efectos sinalados na presente lei, o órgano de contratación ten a prerrogativa de interpretar os contratos administrativos e resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, modificalos por razóns de interese público e acordar a súa resolución e determinar os efectos desta.

Para exercer estas prerrogativas é necesaria a tramitación dun procedemento administrativo, cuxas peculiaridades veñen reguladas no artigo 211 do TRLCSP, o cal sinala que:

- Nos procedementos que se instrúan para a adopción de acordos relativos á interpretación, modificación e resolución do contrato deberá darse audiencia ao

contratista.

- Na Administración xeral do Estado, os seus organismos autónomos, entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social e demais entidades públicas estatais, os acordos a que se refire o apartado anterior deberán ser adoptados logo do informe do servizo xurídico correspondente, salvo nos casos previstos nos artigos 99 (constitución, reposición e reaxuste de garantías) e 213 (resolución por demora).

- Non obstante o anterior, será preceptivo o informe do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva (Consello Consultivo de Galicia) nos casos de:

- Interpretación, nulidade e resolución, cando se formule oposición por parte do contratista.
- Modificacións do contrato, cando a súa contía, illada ou conxuntamente, sexa superior a un 10% do prezo primitivo do contrato, cando este sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros.

Os acordos que adopte o órgano de contratación poñerán fin á vía administrativa e serán inmediatamente executivos. Con todo, o contratista ten a posibilidade de impugnalos en vía administrativa ou xudicial, en caso de desconformidade.

III. EXECUCIÓN E MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS

1. EXECUCIÓN DOS CONTRATOS

- *Execución defectuosa e demora*

De acordo co artigo 212 do TRLCSP, os pregos ou o documento contractual poderán prever penalidades para o caso de cumprimento defectuoso da prestación obxecto deste ou para o suposto de incumprimento dos compromisos ou das condicións especiais de execución do contrato que se estableceron conforme aos artigos 64.2 e 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionais á gravidade do incumprimento e a súa contía non poderá ser superior ao 10 por 100 do orzamento do contrato.

O contratista está obrigado a cumprir o contrato dentro do prazo total fixado para a realización deste, así como dos prazos parciais sinalados para a súa execución sucesiva.

A constitución en mora do contratista non precisará intimación previa por parte da Administración.

Cando o contratista, por causas imputables a este, houber incorrido en demora respecto ao cumprimento do prazo total, a Administración poderá optar indistintamente pola resolución do contrato ou pola imposición das penalidades diarias na proporción de 0,20 euros por cada 1000 euros do prezo do contrato.

O órgano de contratación poderá acordar a inclusión no prego de cláusulas administrativas particulares dunhas penalidades distintas ás enumeradas no parágrafo anterior cando, atendendo ás especiais características do contrato, se considere necesario para a súa correcta execución e así se xustifique no expediente.

Cada vez que as penalidades por demora alcancen un múltiplo do 5 por 100 do prezo do contrato, o órgano de contratación estará facultado para proceder á resolución deste ou acordar a continuidade da súa execución con imposición de novas penalidades.

A Administración terá a mesma facultade a que se refire o apartado anterior respecto ao incumprimento por parte do contratista dos prazos parciais, cando se previu no prego de cláusulas administrativas particulares ou cando a demora no cumprimento daqueles faga presumir razoablemente a imposibilidade de cumprir o prazo total.

Cando o contratista, por causas imputables a este, incumprise a execución parcial das prestacións definidas no contrato, a Administración poderá optar, indistintamente, pola súa resolución ou pola imposición das penalidades que, para tales supostos, determiníense no prego de cláusulas administrativas particulares.

As penalidades impoñeranse por acordo do órgano de contratación, logo de adoptar a proposta do responsable do contrato se se designou, que será inmediatamente executivo, e faranse efectivas mediante dedución das cantidades que, en concepto de pagamento total ou parcial, se lle deban aboar ao contratista ou sobre a garantía que, se é o caso, se constituíu, cando non poidan deducirse das mencionadas certificacións.

O artigo 213 regula a resolución por demora e prórroga dos contratos, sinalando que no suposto a que se refire o artigo anterior, se a Administración optase pola resolución esta deberá acordarse polo órgano de contratación ou por aquel que teña atribuída esta competencia nas comunidades autónomas, sen outro trámite preceptivo que a audiencia do contratista e, cando se formule oposición por parte deste, o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da comunidade autónoma respectiva.

Se o atraso fose producido por motivos non imputables ao contratista e este ofrecese cumprir os seus compromisos dándolle prórroga do tempo que se lle sinalou, concederáse pola Administración un prazo que será, polo menos, igual ao tempo perdido, a non ser que o contratista pedise outro menor.

- Danos e perdas causados a terceiros

Sinala o artigo 214 do TRLCSP que será obriga do contratista indemnizar todos os danos e perdas que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución do contrato.

Cando tales danos e perdas fosen ocasionados como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados nas leis.

Tamén será a Administración responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia dos vicios do proxecto elaborado por ela mesma no contrato de obras ou no de subministración de fabricación.

Os terceiros (por exemplo, o propietario dun coche sobre o que caeu un guindastre do contratista) poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, ao órgano de contratación para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cal das partes contratantes (Administración ou contratista) lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción.

A reclamación daqueles formularase, en todo caso, conforme ao procedemento establecido na lexislación aplicable a cada suposto.

- Principio de risco e ventura

De acordo co artigo 215 do TRLCSP, “a execución do contrato realizarase a risco e ventura do contratista, sen prexuízo do establecido para o de obras no artigo 231 e do pactado nas cláusulas de repartición de risco que se inclúan nos contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado”.

O principio de risco e ventura establece a obriga do contratista de asumir o resultado económico do contrato, de tal maneira que se unha mala elección de traballadores provoca atrasos inxustificables, ou se na súa oferta reduciu tanto o prezo que ao final comproba que o contrato non lle reportou beneficios (ou que mesmo lle carrexou perdas), non poderá esixirlle por iso ningunha indemnización á Administración, a cal non garante en ningún modo un beneficio económico para o contratista.

Non respectar este principio supoñería unha fraude ás garantías presentes na fase de adxudicación do contrato, iría en contra da seguridade xurídica e ocasionaría unha lesión notable dos intereses da facenda pública, polo que calquera excepción debe estar moi xustificada.

- Pagamento do prezo

A Administración ten a obriga de pagamento ao contratista e, así, o artigo 216 do TRLCSP dispón que o contratista terá dereito ao aboamento da prestación realizada nos termos establecidos nesta lei e no contrato, de acordo co prezo convindo.

O pagamento do prezo poderá facerse de maneira total (é a excepción) ou parcial (é a regra) mediante aboamentos a conta (anticipos que non supoñen visto e prace do executado polo contratista) ou, no caso de contratos de tracto sucesivo (como un arrendamento), mediante pagamento en cada un dos vencementos que se estipularon (por exemplo, mensualidades).

O contratista terá tamén dereito a percibir aboamentos a conta (como se dixo, anticipos da Administración ao contratista) polo importe das operacións preparatorias da execución do contrato e que estean comprendidas no obxecto deste, nas condicións sinaladas nos respectivos pregos, debéndose asegurar os referidos pagamentos mediante a prestación

de garantía.

A Administración terá a obriga de aboar o prezo dentro dos trinta días seguintes á data da expedición das certificacións de obras ou dos correspondentes documentos que acrediten a realización total ou parcial do contrato, sen prexuízo do prazo especial establecido no artigo 222.4

Cando non proceda a expedición de certificación de obra e a data de recibo da factura ou solicitude de pagamento equivalente se preste a dúbida ou sexa anterior á recepción das mercadorías ou á prestación dos servizos, o prazo de trinta días contarase desde esta data de recepción ou prestación (artigo 200.4 do TRLCSP).

Se a Administración se demorase, deberá aboarlle ao contratista, a partir do cumprimento do devandito prazo de trinta días, os xuros de mora e a indemnización polos custos de cobramento nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais.

Se a mora no pagamento fose superior a catro meses, o contratista poderá proceder, se é o caso, á suspensión do cumprimento do contrato, debendo comunicarlle á Administración, cun mes de antelación, tal circunstancia, para os efectos do recoñecemento dos dereitos que poidan derivarse da devandita suspensión, nos termos establecidos nesta lei.

Se a mora da Administración fose superior a seis meses, o contratista terá dereito, así mesmo, a resolver o contrato e ao resarcimento dos prexuízos que como consecuencia diso lle orixinen.

Sen prexuízo do establecido nas normas tributarias e da Seguridade Social, os aboamentos a conta que procedan pola execución do contrato, só poderán ser embargados nos seguintes supostos:

- Para o pagamento dos salarios xerados polo persoal do contratista na execución do contrato e das cotas sociais derivadas destes.
- Para o pagamento das obrigas contraídas polo contratista cos subcontratistas e

subministradores referidas á execución do contrato.

As comunidades autónomas poderán reducir os prazos de trinta días, catro meses e seis meses establecidos nos apartados 4, 5 e 6 deste artigo.

Segundo o artigo 217, transcorrido o prazo a que se refire o artigo 216.4 do TRLCSP, os contratistas poderán reclamarlle por escrito á Administración contratante o cumprimento da obriga de pagamento e, se é o caso, dos xuros de mora. Se, transcorrido o prazo dun mes, a Administración non contestase, entenderase recoñecido o vencemento do prazo de pagamento (silencio positivo) e os interesados poderán formular recurso contencioso-administrativo contra a inactividade da Administración, podendo solicitar como medida cautelar o pagamento inmediato da débeda. O órgano xudicial adoptará a medida cautelar, salvo que a Administración acredite que non concorren as circunstancias que xustifican o pagamento ou que a contía reclamada non lle corresponde á que é esixible, nese caso a medida cautelar limitarase a esta última. A sentenza condenará en custas a Administración demandada no caso de estimación total da pretensión de cobramento.

Por último, o artigo 218 regula a transmisión dos dereitos de cobramento, sinalando que os contratistas que, conforme ao artigo anterior, teñan dereito de cobramento fronte á Administración, poderán ceder este conforme a dereito.

Para que a cesión do dereito de cobramento sexa efectiva fronte á Administración, será requisito imprescindible a notificación fidedigna a esta do acordo de cesión.

A eficacia das segundas e sucesivas cesións dos dereitos de cobramento cedidos polo contratista quedará condicionada ao cumprimento do disposto no número anterior.

Unha vez que a Administración teña coñecemento do acordo de cesión, o mandamento de pagamento haberá de ser expedido a favor do cesionario. Antes de que a cesión se poña en coñecemento da Administración, os mandamentos de pagamento a nome do contratista ou do cedente producirán efectos liberatorios.

2. MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS

A potestade de modificación do contrato (*ius variandi*) é unha das prerrogativas da

Administración mencionada no artigo 210 do TRLCSP.

O artigo 219 establece que os contratos administrativos só poderán ser modificados por razóns de interese público nos casos e na forma previstos no título V do libro I e de acordo co procedemento regulado no artigo 211. Nestes casos, as modificacións acordadas polo órgano de contratación serán obrigatorias para os contratistas. Ademais, as modificacións do contrato deberán formalizarse conforme ao disposto no artigo 156.

Segundo o artigo 105, os contratos do sector público só poderán modificarse cando así se previu nos pregos ou no anuncio de licitación ou nos casos e cos límites establecidos no artigo 107. En calquera outros supostos, se fose necesario que a prestación se executase en forma distinta á pactada, inicialmente deberá procederse á resolución do contrato en vigor e á celebración doutro baixo as condicións pertinentes. Este novo contrato deberá adxudicarse de acordo co previsto no libro III.

A modificación do contrato non poderá realizarse co fin de engadir prestacións complementarias ás inicialmente contratadas, ampliar o obxecto do contrato, a fin de que poida cumprir finalidades novas non contempladas na documentación preparatoria deste, ou incorporar unha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente.

Nestes supostos, deberá procederse a unha nova contratación da prestación correspondente na que poderá aplicarse o réxime establecido para a adxudicación de contratos complementarios se concorren as circunstancias previstas nos artigos 171.b) e 174.b).

Os contratos do sector público poderán modificarse sempre que nos pregos ou no anuncio de licitación se advertiu expresamente desta posibilidade e se detallaron de forma clara, precisa e inequívoca as condicións en que poderá facerse uso desta, así como o alcance e os límites das modificacións que poden acordarse con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo lle poidan afectar, e o procedemento que haxa de seguirse para iso (artigo 106).

As modificacións non previstas nos pregos ou no anuncio de licitación só poderán efectuarse cando se xustifique suficientemente a concorrencia dalgunha das circunstancias

previstas no apartado 1 do artigo 107.

A modificación do contrato acordada conforme ao previsto neste artigo non poderá alterar as condicións esenciais da licitación e adxudicación e deberá limitarse a introducir as variacións estritamente indispensables para responder a causa obxectiva que a faga necesaria (artigo 107.2).

De acordo co artigo 108, no caso previsto no artigo 106 as modificacións contractuais acordaranse na forma que se especificou no anuncio ou nos pregos.

Nestes casos, antes de proceder á modificación do contrato, deberáse dar audiencia ao redactor do proxecto ou das especificacións técnicas, se estes se prepararon por un terceiro alieo ao órgano de contratación en virtude dun contrato de servizos, para que, nun prazo non inferior a tres días, formule as consideracións que teña por conveniente.

O disposto nos dous apartados anteriores enténdese sen prexuízo do establecido no artigo 211 do TRLCSP para o caso de modificacións que lle afecten a contratos administrativos.

O artigo 220 do TRLCSP fai alusión á prerrogativa de suspensión dos contratos administrativos pola Administración (que parte da doutrina considera unha modalidade do *ius variandi*), ao establecer, no seu apartado un, que “se a Administración acordase a suspensión do contrato ou aquela tivese lugar pola aplicación do disposto no artigo 216, levantarase un acta na que se consignarán as circunstancias que a motivaron e a situación de feito na execución daquel. Acordada a suspensión, a Administración aboará ao contratista os danos e perdas efectivamente sufridos por este”.

IV. EXTINCIÓN

Tal como indica o artigo 221 do TRLCSP, “os contratos extinguiranse por cumprimento ou por resolución”. A estes dous supostos a doutrina engade a extinción por invalidez do contrato.

1. CUMPRIMENTO DO CONTRATO POLO CONTRATISTA

Conforme ao artigo 222 do TRLCSP, o contrato entenderase cumprido polo contratista cando este realizase, de acordo cos termos deste e a satisfacción da Administración, a

totalidade da prestación.

En todo caso, a súa constatación esixirá por parte da Administración un acto formal e positivo de recepción ou conformidade dentro do mes seguinte á entrega ou realización do obxecto do contrato, ou no prazo que se determine no prego de cláusulas administrativas particulares por razón das súas características. Á intervención da administración correspondente seralle comunicado, cando iso sexa preceptivo, a data e lugar do acto, para a súa eventual asistencia en exercicio das súas funcións de comprobación do investimento.

Nos contratos fixarase un prazo de garantía a contar da data de recepción ou conformidade, transcorrido o cal sen obxeccións por parte da Administración, salvo os supostos en que se estableza outro prazo nesta lei (como no caso de vicios ocultos no contrato de obras, que será de 15 anos a contar desde a recepción,) ou noutras normas, quedará extinguida a responsabilidade do contratista. Exceptúanse do prazo de garantía aqueles contratos en que pola súa natureza ou características non resulte necesario (como as sondaxes ou prospeccións que resultasen infrutuosas ou as dragaxes), o que deberá xustificarse debidamente no expediente de contratación, que se consignará expresamente no prego.

Excepto nos contratos de obras, que se rexerán polo disposto no artigo 235 do TRLCSP, dentro do prazo dun mes, a contar desde a data da acta de recepción ou conformidade, deberá acordarse e serlle notificada ao contratista a liquidación correspondente do contrato e aboárselle, se é o caso, o saldo resultante (co que a liquidación vén supoñer “resolver as contas” entre Administración e contratista). Con todo, se a Administración pública recibe a factura con posterioridade á data en que ten lugar a dita recepción, o prazo de trinta días contarase desde que o contratista presente a citada factura no rexistro correspondente.

Se se producise demora no pagamento do saldo de liquidación, o contratista terá dereito a percibir os xuros de mora e a indemnización polos custos de cobramento nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais.

2. RESOLUCIÓN DOS CONTRATOS

- Causas

De acordo co artigo 223 do TRLCSP, son causas de resolución do contrato:

- A morte ou incapacidade sobrevinda do contratista individual ou a extinción da personalidade xurídica da sociedade contratista, sen prexuízo do previsto no artigo 85.
- A declaración de concurso ou a declaración de insolvencia en calquera outro procedemento.
- O mutuo acordo entre a Administración e o contratista.
- A demora no cumprimento dos prazos por parte do contratista e o incumprimento do prazo sinalado na letra c) do apartado 2 do artigo 112.
- A demora no pagamento por parte da Administración por prazo superior ao establecido no apartado 6 do artigo 216 ou o inferior que se fixou ao amparo do seu apartado 8.
- O incumprimento das restantes obrigas contractuais esenciais, cualificadas como tales nos pregos ou no contrato.
- A imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha lesión grave ao interese público de continuarse executando a prestación neses termos, cando non sexa posible modificar o contrato conforme ao disposto no título V do libro I.
- As establecidas expresamente no contrato.
- As que se sinalen especificamente para cada categoría de contrato nesta lei.

- Aplicación das causas de resolución

Segundo o artigo 224, a resolución do contrato acordarase polo órgano de contratación, de oficio ou a instancia do contratista, se é o caso, seguindo o procedemento que se

estableza nas normas de desenvolvemento da lei.

A declaración de insolvencia en calquera procedemento e, en caso de concurso, a apertura da fase de liquidación, darán sempre lugar á resolución do contrato.

Nos restantes casos, a resolución poderá instarse por aquela parte á que non lle sexa imputable a circunstancia que dese lugar a esta, sen prexuízo do establecido no apartado 7 (que sinala que o incumprimento das obrigas derivadas do contrato por parte da Administración orixinará a resolución daquel só nos casos previstos na do TRLCSP).

Cando a causa de resolución sexa a morte ou incapacidade sobrevinda do contratista individual, a Administración poderá acordar a continuación do contrato cos seus herdeiros ou sucesores.

A resolución por mutuo acordo só poderá ter lugar cando non concorra outra causa de resolución que lle sexa imputable ao contratista, e sempre que razóns de interese público fagan innecesaria ou inconveniente a permanencia do contrato.

En caso de declaración de concurso e mentres non se produciu a apertura da fase de liquidación (que supón xa o alleamento dos bens en pagamento das débedas do concursado), a Administración potestativamente continuará o contrato se o contratista prestase as garantías suficientes a xuízo daquela para a súa execución.

No suposto de demora a que se refire a letra e) do artigo anterior, se as penalidades a que der lugar a demora no cumprimento do prazo alcanzasen un múltiplo do 5% do importe do contrato, estarase ao disposto no artigo 212.5 (o órgano de contratación estará facultado para proceder á súa resolución ou acordar a continuidade da súa execución con imposición de novas penalidades).

O incumprimento das obrigas derivadas do contrato por parte da Administración orixinará a resolución daquel só nos casos previstos na TRLCSP (como a demora no pagamento por prazo superior a oito meses, artigo 200.6 do TRLCSP).

- Efectos da resolución

O artigo 225 regula os efectos da resolución sinalando que, cando a resolución se produza

por mutuo acordo, os dereitos das partes acomodaranse ao validamente estipulado por estas.

O incumprimento por parte da Administración das obrigas do contrato determinará para aquela, con carácter xeral, o pagamento dos danos e perdas que por tal causa se irroguen ao contratista.

Cando o contrato se resolva por incumprimento culpable do contratista, este deberá indemnizar á Administración os danos e perdas ocasionados.

A indemnización farase efectiva, en primeiro termo, sobre a garantía que, se é o caso, se constituíu, sen prexuízo da subsistencia da responsabilidade do contratista no que se refire ao importe que exceda do da garantía incautada.

Cando a resolución acórdese polas causas recollidas na letra g) do artigo 223 (imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha lesión grave ao interese público de continuarse executando a prestación neses termos, cando non sexa posible modificar o contrato), o contratista terá dereito a unha indemnización do 3% do importe da prestación deixada de realizar, salvo que a causa sexa imputable ao contratista.

V. CESIÓN E SUBCONTRATACIÓN

1. CESIÓN DOS CONTRATOS

Segundo o artigo 226 do TRLCSP, os dereitos e obrigas dimanantes do contrato poderán ser cedidos polo adxudicatario a un terceiro sempre que as calidades técnicas ou persoais do cedente non fosen razón determinante da adxudicación do contrato (como no caso en que se contratou a un científico polos seus vastos coñecementos nunha determinada materia) e da cesión non resulte unha restrición efectiva da competencia no mercado. Non poderá autorizarse a cesión a un terceiro cando esta supoña unha alteración substancial das características do contratista se estas constitúen un elemento esencial do contrato.

Para que os adxudicatarios poidan ceder os seus dereitos e as obrigas a terceiros deberán cumprirse os seguintes requisitos:

- Que o órgano de contratación autorice, de forma previa e expresa, a cesión.
- Que o cedente executase polo menos un 20% do importe do contrato ou, cando se trate da xestión de servizo público, que se efectúa a súa explotación durante polo menos unha quinta parte do prazo de duración do contrato. Non será de aplicación este requisito se a cesión se produce atopándose o adxudicatario en concurso aínda que se abriu a fase de liquidación.
- Que o cesionario teña capacidade para contratar coa Administración e a solvencia que resulte esixible, debendo estar debidamente clasificado se tal requisito foi esixido ao cedente, e non estar incurso nunha causa de prohibición de contratar.
- Que a cesión se formalice, entre o adxudicatario e o cesionario, en escritura pública.

O cesionario quedará subrogado en todos os dereitos e obrigas que lle corresponderían ao cedente (pasa a ocupar a posición do cedente en todos os seus dereitos e obrigas, por exemplo, nos seus dereitos de cobramento fronte á Administración).

2. SUBCONTRATACIÓN

De acordo co artigo 227 do TRLCSP, o contratista poderá concertar con terceiros a realización parcial (non total, pois nese caso estaríamos ante unha cesión) da prestación, salvo que o contrato ou os pregos dispoñan o contrario ou que pola súa natureza e condicións se deduza que aquel debe ser executado directamente polo adxudicatario.

Podería ser exemplo de subcontratación a que fixese unha empresa construtora dunha autoestrada con respecto aos xardíns das medianas, que poderían ser subcontratados a unha empresa de xardinería.

Os requisitos da subcontratación poden resumirse nos seguintes puntos:

- En todo caso, o adxudicatario deberá comunicarlle anticipadamente e por escrito á Administración a intención de celebrar os subcontratos (polo tanto, como criterio xeral, non se require autorización do órgano de contratación, a diferenza da cesión do contrato).

- Con todo, a subcontratación requirirá sempre autorización expresa do órgano de contratación (excepción ao criterio xeral) nos contratos de carácter secreto ou reservado, ou naqueles cuxa execución deba ir acompañada de medidas de seguridade especiais de acordo con disposicións legais ou regulamentarias ou cando o esixa a protección dos intereses esenciais da seguridade do Estado.
- Non se poderá subcontratar máis do 60% do importe de adxudicación, salvo que o prego o permita.
- Se así se prevé nos pregos ou no anuncio de licitación, os licitadores deberán indicar na oferta a parte do contrato que teñan previsto subcontratar, sinalando o seu importe, e o nome ou o perfil empresarial, definido por referencia ás condicións de solvencia profesional ou técnica, dos subcontratistas aos que se vaia encomendar a súa realización. En caso de alteración destes datos, como principio xeral, deberá notificarse a dita circunstancia e esperar ao transcurso dun prazo de 20 días (naturais) antes de celebrar os subcontratos.

Poderá dar lugar, en todo caso, á imposición ao contratista dunha penalidade de ata un 50% do importe do subcontrato:

- A infracción das condicións para proceder á subcontratación.
- A falta de acreditación:
 - Da aptitude do subcontratista.
 - Ou das circunstancias determinantes da situación de emerxencia ou das que fan urxente a subcontratación (no seu caso).

Os subcontratistas quedarán obrigados só ante o contratista principal que asumirá, por tanto, a total responsabilidade da execución do contrato (incluída a parte realizada polos subcontratistas) fronte á Administración, de acordo estrito cos pregos de cláusulas administrativas particulares e cos termos do contrato.

En ningún caso poderá concertarse polo contratista a execución parcial do contrato con persoas inhabilitadas para contratar de acordo co ordenamento xurídico ou comprendidas

nalgún dos supostos do artigo 60 do TRLCSP (prohibicións para contratar).

O contratista deberá informar os representantes dos traballadores da subcontratación, de acordo coa lexislación laboral.

Os órganos de contratación poderán impoñerlle ao contratista, advertíndoo no anuncio ou nos pregos, a subcontratación con terceiros non vinculados a este de determinadas partes da prestación que non excedan no seu conxunto do 50% do importe do orzamento do contrato, cando gocen dunha substantividade propia dentro do conxunto que as faga susceptibles de execución separada (por exemplo, a construción dun túnel polo que pasará a estrada adxudicada), por ter que ser realizadas por empresas que contén cunha determinada habilitación profesional ou poder atribuírse a súa realización a empresas cunha clasificación adecuada para realizala.

As obrigas impostas conforme ao previsto no parágrafo anterior consideraranse condicións especiais de execución do contrato para os efectos previstos nos artigos 212.1 (penalidades) e 223.f).

3. PAGAMENTOS A SUBCONTRATISTAS E SUBMINISTRADORES

O artigo 228 do TRLCSP sinala que o contratista (adxudicatario) debe obrigarse a aboarlles aos subcontratistas ou subministradores (como, por exemplo, os subministradores de materiais para unha obra) o prezo pactado en prazos que non poderán ser máis desfavorables que os previstos no artigo 216.4 (30 días) para as relacións entre a Administración e o contratista, e computaranse desde a data de aprobación polo contratista principal da factura emitida polo subcontratista ou o subministrador, con indicación da súa data e do período a que corresponda.

A aprobación ou conformidade deberá outorgarse nun prazo máximo de trinta días desde a presentación da factura. Dentro do mesmo prazo deberán formularse, se é o caso, os motivos de desconformidade a esta.

O contratista deberá aboar as facturas no prazo fixado de conformidade co previsto no apartado 2. En caso de mora no pagamento, o subcontratista ou o subministrador terá dereito ao cobramento dos xuros de mora e á indemnización polos custos de cobramento

nos termos previstos na Lei 3/2004, do 29 de decembro.

O contratista poderá pactar cos subministradores e subcontratistas prazos de pagamento superiores aos establecidos no presente artigo, respectando os límites previstos no artigo 4.3 da Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais, sempre que este pacto non constitúa unha cláusula abusiva de acordo cos criterios establecidos no artigo 9 da Lei 3/2004, do 29 de decembro, e que o pagamento se instrumente mediante un documento negociable que leve aparellada a acción cambiaria, cuxos gastos de desconto ou negociación corran na súa integridade de conta do contratista. Adicionalmente, o subministrador ou subcontratista poderá esixir que o pagamento se garanta mediante aval.

Por último e segundo o artigo 228.1 bis, “as administracións públicas e demais entes públicos contratantes poderán comprobar o estrito cumprimento dos pagamentos que os contratistas adxudicatarios dos contratos públicos, cualificados como tales no artigo 5, deben facer a todos os subcontratistas ou subministradores que participen nestes”.

VI. RÉXIME DE INVALIDEZ E RECURSOS

1. RÉXIME DE INVALIDEZ

- Supostos de invalidez

De acordo co artigo 31 do TRLCSP, ademais dos casos en que a invalidez derive da ilegalidade das súas cláusulas, os contratos das administracións públicas e os contratos suxeitos a regulación harmonizada, incluídos os contratos subvencionados a que se refire o artigo 17, serán inválidos (nulos ou anulables) cando o sexa algún dos seus actos preparatorios ou o de adxudicación, por concorrer nestes algunha das causas de dereito administrativo ou de dereito civil a que se refiren os artigos seguintes.

- Causas de invalidez de dereito administrativo

Conforme o artigo 32 do TRLCSP, son causas de nulidade de dereito administrativo as seguintes:

- As indicadas no artigo 62.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro (agora a remisión

debe entenderse realizada ao artigo 47.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas).

- A falta de capacidade de obrar ou de solvencia económica, financeira, técnica ou profesional, debidamente acreditada, do adxudicatario, ou estar este incurso nalguna das prohibicións para contratar sinaladas no artigo 60.

- A carencia ou insuficiencia de crédito, de conformidade co establecido na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, ou nas normas orzamentarias das restantes administracións públicas suxeitas a esta lei, salvo os supostos de emerxencia.

- Todas aquelas disposicións, actos ou resolucións emanadas de calquera órgano das administracións públicas que lles outorguen, de forma directa ou indirecta, vantaxes ás empresas que contratasen previamente con calquera administración.

- Supostos especiais de nulidade contractual

O artigo 37 do TRLCSP, prevé supostos especiais de nulidade:

- Para os contratos suxeitos a regulación harmonizada a que se refiren os artigos 13 a 17, ambos inclusive, do TRLCSP.

- E para os contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 209.000 euros.

- Causas de anulabilidade de dereito administrativo

De acordo co artigo 33 do TRLCSP, son causas de anulabilidade de dereito administrativo as demais infraccións do ordenamento xurídico e, en especial, as das regras contidas no propio TRLCSP, de conformidade co artigo 63 da Lei 30/1992, do 26 de novembro (na actualidade a remisión debe entenderse realizada ao artigo 48 da Lei 39/2015).

- Causas de invalidez de Dereito civil

Segundo o artigo 36 do TRLCSP, a invalidez (nulidade e anulabilidade) dos contratos por causas recoñecidas no dereito civil, en canto resulten de aplicación aos contratos a que se

refire o artigo 31, suxeitarase aos requisitos e prazos de exercicio das accións establecidos no ordenamento civil, pero o procedemento para facelas valer someterase ao previsto nos artigos anteriores para os actos e contratos administrativos anulables.

Aínda que a clasificación contén numerosas excepcións ou comentarios, seguindo a Martín Oviedo e a Presedo Rey, podemos distinguir as seguintes causas de invalidez de dereito civil:

- Causas de nulidade de dereito civil.
 - A falta de consentimento (por exemplo, o contratista non presentou oferta e, aínda así, adxudícaselle o contrato).
 - O carácter imposible, ilícito ou indeterminado do obxecto do contrato (contrátase o contratista para construír un estadio de fútbol no planeta Mercurio).
 - A inexistencia ou ilicitude da causa (contrátase a un ladrón para que roube un Picasso).
 - A contravención dunha lei imperativa ou da orde pública (contrátase o contratista para a construción dunha edificación que vulnera a Lei de costas).
 - A insuficiencia de poder do asinante da proposición (unha persoa contrata en nome doutra da que non ten autorización ou representación legal).
- Causas de anulabilidade de dereito civil.
 - A falta de capacidade natural do licitador (é dicir, diminución de facultades mentais de persoas físicas non incapacitadas, causada, por exemplo, por embriaguez ou por alleamento mental transitorio).
 - O erro, dolo (engano), violencia ou intimidación.

- Revisión de oficio

O artigo 34 do TRLCSP ocúpase da revisión de oficio sinalando que a revisión de oficio dos actos preparatorios e dos actos de adxudicación dos contratos das administracións públicas e dos contratos suxeitos a regulación harmonizada efectuarase de conformidade co establecido no capítulo primeiro do título VII da Lei 30/1992, do 26 de novembro (na actualidade, a remisión debe entenderse realizada ao capítulo I do título V da Lei 39/2015).

Sen prexuízo do que, para o ámbito das comunidades autónomas, establezan as súas normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuírle esta competencia a un órgano cuxas resolucións esgoten a vía administrativa, serán competentes para declarar a nulidade destes actos ou declarar a súa lesividade o órgano de contratación, cando se trate de contratos dunha administración pública, ou o titular do departamento, órgano, ente ou organismo ao que estea adscrita a entidade contratante ou ao que corresponda a súa tutela, cando esta non teña o carácter de administración pública. Neste último caso, se a entidade contratante estivese vinculada a máis dunha administración, será competente o órgano correspondente da que teña o control ou participación maioritaria.

No suposto de contratos subvencionados, a competencia corresponderalle ao titular do departamento, órgano, ente ou organismo que outorgase a subvención, ou ao que estea adscrita a entidade que a concedese, cando esta non teña o carácter de administración pública. No suposto de concorrencia de subvencións por parte de distintos suxeitos do sector público, a competencia determinarase atendendo á subvención de maior contía e, a igualdade de importe, atendendo á subvención primeiramente concedida.

Salvo determinación expresa en contrario, a competencia para declarar a nulidade ou a lesividade entenderase delegada conxuntamente coa competencia para contratar. Con todo, a facultade de acordar unha indemnización por prexuízos en caso de nulidade non será susceptible de delegación, debendo resolver sobre esta, en todo caso, o órgano delegante; para estes efectos, se se estimase pertinente recoñecer unha indemnización, elevarase o expediente ao órgano delegante, o cal, sen necesidade de avocación previa e expresa, resolverá o procedente sobre a declaración de nulidade conforme ao previsto no

artigo 102.4 da Lei 30/1992, do 26 de novembro (na actualidade, artigo 106.4 da Lei 39/2015).

Nos supostos de nulidade e anulabilidade, e en relación coa suspensión da execución dos actos dos órganos de contratación, estarase ao disposto na Lei 30/1992, do 26 de novembro (na actualidade, artigo 117 da Lei 39/2015, por remisión do 108).

- Efectos da declaración de nulidade

En canto aos efectos da declaración de nulidade, de acordo co artigo 35 do TRLCSP, a declaración de nulidade dos actos preparatorios do contrato ou da adxudicación, cando sexa firme, levará en todo caso consigo a do mesmo contrato, que entrará en fase de liquidación, e deberase restituírselles as partes reciprocamente as cousas que reciben en virtude deste e, se isto non fose posible, devolverase o seu valor. A parte que resulte culpable deberá indemnizar á contraria dos danos e perdas que sufrise.

A nulidade dos actos que non sexan preparatorios (ou de adxudicación) só lles afectarán a estes e as súas consecuencias (por exemplo, a declaración de nulidade da modificación dun contrato –fase de execución–, non supoñería a nulidade deste, senón a nulidade da modificación mesma).

Se a declaración administrativa de nulidade dun contrato producise un grave trastorno ao servizo público (por exemplo, a interrupción do servizo público de transporte urbano por declaración de nulidade do contrato de xestión de servizo público coa empresa transportista), poderá dispoñerse no mesmo acordo a continuación dos efectos daquel e baixo as súas mesmas cláusulas, ata que se adopten as medidas urxentes para evitar o prexuízo.

Segundo o artigo 38, a declaración de nulidade nos supostos especiais de nulidade contractual antes vistos (artigo 37 respecto dos contratos suxeitos a regulación harmonizada e contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II, cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 207.000 euros) producirá, como principio xeral, os efectos do artigo 35.1 do TRLCSP antes examinado.

Con todo, o órgano competente para declarar a nulidade poderá non declarala e acordar o

mantemento dos efectos do contrato, se, atendendo ás circunstancias excepcionais que concorran, considera que existen razóns imperioso de interese xeral que o esixan. Ademais, neste caso, a declaración de nulidade deberá substituírse por certas sancións alternativas (todo iso, sen prexuízo das sancións de carácter disciplinario que lle corresponda impoñer ao responsable das infraccións legais).

2. RECURSOS. O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

O capítulo VI do título I do libro I do TRLCSP regula o “réxime de revisión de decisións en materia de contratación e medios alternativos de resolución de conflitos”.

Supón un réxime específico de recurso administrativo que busca maior rapidez na interposición e resolución do recurso e que só pode interpoñerse contra determinados actos de determinados tipos de contratos, sempre que non se tramite o procedemento por vía de emerxencia.

- Actos recorribles

Segundo o artigo 40, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo á interposición do contencioso-administrativo os actos relacionados no apartado 2 deste mesmo artigo, cando se refiran aos seguintes tipos de contratos que pretendan concertar as administracións públicas e as entidades que teñan a condición de poderes adxudicadores:

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de subministración, de servizos, de colaboración entre o sector público e o sector privado e acordos marco, suxeitos a regulación harmonizada.
- Contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II desta lei, cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 209.000 euros
- E contratos de xestión de servizos públicos nos que o orzamento de gastos de primeiro establecemento, excluído o importe do imposto sobre o valor engadido, sexa superior a 500.000 euros e o prazo de duración superior a cinco anos.

Serán tamén susceptibles deste recurso os contratos subvencionados a que se refire o

artigo 17.

Poderán ser obxecto do recurso os seguintes actos:

- Os anuncios de licitación, os pregos e os documentos contractuais que establezan as condicións que deban rexer a contratación.
- Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Consideraranse actos de trámite que determinan a imposibilidade de continuar o procedemento os actos da mesa de contratación polos que se acorde a exclusión de licitadores.
- Os acordos de adxudicación adoptados polos poderes adxudicadores.

Con todo, non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa preciso realizar unha vez adxudicados os contratos, tanto se acordan coma se non a resolución e a celebración de nova licitación.

Os defectos de tramitación que lles afecten a actos distintos dos contemplados no apartado 2 poderán ser postos de manifesto polos interesados ao órgano ao que corresponda a instrución do expediente ou ao órgano de contratación, para os efectos da súa corrección, e sen prexuízo de que as irregularidades que lles afecten poidan ser alegadas polos interesados ao recorrer o acto de adxudicación.

Non se dará este recurso en relación cos procedementos de adxudicación que se sigan polo trámite de emerxencia regulado no artigo 113 do TRLCSP.

Non procederá a interposición de recursos administrativos ordinarios contra os actos enumerados neste artigo, salvo a excepción prevista no seguinte con respecto ás comunidades autónomas.

Os actos que se diten nos procedementos de adxudicación de contratos administrativos

que non reúnan os requisitos do apartado 1 poderán ser obxecto de recurso de conformidade co disposto na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (na actualidade, a remisión debe entenderse realizada á Lei 39/2015), e na Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

O recurso especial regulado neste artigo e os seguintes terá carácter potestativo.

- Órgano competente para a resolución do recurso

Segundo o artigo 41, no ámbito da Administración xeral do Estado, o coñecemento e resolución dos recursos a que se refire o artigo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional no exercicio das súas competencias. Este tribunal coñecerá tamén dos recursos especiais que se susciten de conformidade co artigo anterior contra os actos dos órganos competentes do Consello Xeral do Poder Xudicial, do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Contas.

Para estes efectos créase o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, que estará adscrito ao Ministerio de Economía e Facenda e composto por un presidente e un mínimo de dous vogais. O seu desenvolvemento regulamentario atópase contido no Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, aprobado polo Real decreto 814/2015, do 11 de setembro.

No ámbito das comunidades autónomas, así como no dos órganos competentes das súas asembleas lexislativas e das institucións autonómicas análogas ao Tribunal de Contas e ao Defensor do Pobo, a competencia para resolver os recursos será establecida polas súas normas respectivas, e deberase crear un órgano independente. Na Comunidade Autónoma de Galicia, a disposición final segunda da Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración, introduciu na Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, os artigos 35 bis seguintes, polos que se crea e regula o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia.

No ámbito das corporacións locais, a competencia para resolver os recursos será establecida polas normas das comunidades autónomas cando estas teñan atribuída competencia normativa e de execución en materia de réxime local e contratación. No caso de Galicia, as normas antes citadas atribuíronlle esa competencia ao Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia.

- Medidas provisionais

Segundo o artigo 43, antes de interpoñer o recurso especial regulado neste capítulo, as persoas físicas e xurídicas, lexitimadas para iso de acordo co disposto no artigo 42, poderán solicitar ante o órgano competente para resolver o recurso a adopción de medidas provisionais.

Tales medidas irán dirixidas a corrixir infraccións de procedemento ou impedir que se causen outros prexuízos aos intereses afectados e poderán estar incluídas, entre elas, as destinadas a suspender ou a facer que se suspenda o procedemento de adxudicación do contrato en cuestión ou a execución de calquera decisión adoptada polos órganos de contratación.

- Iniciación do procedemento e prazo de interposición

O procedemento de recurso segundo o artigo 44 iniciárase mediante escrito que deberá presentarse no prazo de quince días hábiles contados a partir do seguinte a aquel en que se remita a notificación do acto impugnado, de conformidade co disposto no artigo 151.4.

Non obstante o disposto no parágrafo anterior:

- Cando o recurso se interpoña contra o contido dos pregos e demais documentos contractuais, o cómputo iniciárase a partir do día seguinte a aquel en que estes fosen recibidos ou postos a disposición dos licitadores ou candidatos para o seu coñecemento conforme se dispón no artigo 158 do TRLCSP.
- Cando se interpoña contra actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación ou contra un acto resultante da aplicación do procedemento negociado sen publicidade, o cómputo iniciárase a partir do día seguinte a aquel en

que se tivo coñecemento da posible infracción.

- Cando se interpoña contra o anuncio de licitación, o prazo comezará a contarse a partir do día seguinte ao de publicación.

Unha vez interposto o recurso, se o acto recorrido é o de adxudicación, quedará en suspenso a tramitación do expediente de contratación.

- Tramitación do procedemento

O procedemento para tramitar os recursos especiais en materia de contratación rexerase polas disposicións da Lei 30/1992, do 26 de novembro (na actualidade, a remisión debe entenderse realizada á Lei 39/2015), coas especialidades que se recollen no artigo 46 TRLCSP.

- Resolución

Unha vez recibidas as alegacións dos interesados, ou transcorrido o prazo sinalado para a súa formulación, e o da proba, se é o caso, o órgano competente deberá resolver o recurso dentro dos cinco días hábiles seguintes, notificándose a continuación a resolución a todos os interesados.

A resolución do recurso estimará, en todo ou en parte, ou desestimarás as pretensións formuladas, ou declarará a súa non admisión, decidindo motivadamente cantas cuestións se expuxeron. En todo caso, a resolución será congruente coa petición e, de ser procedente, pronunciarase sobre a anulación das decisións ilegais adoptadas durante o procedemento de adxudicación, incluíndo a supresión das características técnicas, económicas ou financeiras discriminatorias contidas no anuncio de licitación, anuncio indicativo, pregos, condicións reguladoras do contrato ou calquera outro documento relacionado coa licitación ou adxudicación, así como, se procede, sobre a retroacción de actuacións.

Se, como consecuencia do contido da resolución, fose preciso que o órgano de contratación acordase a adxudicación do contrato a outro licitador, concederáselle a este un prazo de dez días hábiles para que cumpra o previsto no apartado 2 do artigo 151.

Así mesmo, a solicitude do interesado e se procede, poderá impoñérselle á entidade contratante a obriga de indemnizar a persoa interesada polos danos e perdas que lle puidera ocasionar a infracción legal que dese lugar ao recurso.

A resolución deberá acordar, tamén, o levantamento da suspensión do acto de adxudicación se no momento de ditala continuase suspendido, así como das restantes medidas cautelares que se acordaron e a devolución das garantías cuxa constitución se esixiu para a efectividade destas, se procedese.

No caso de que o órgano competente aprecie temeridade ou mala fe na interposición do recurso ou na solicitude de medidas cautelares, poderá acordar a imposición dunha multa ao responsable desta. O importe desta será de entre 1000 e 15.000 euros e determinarase a súa contía en función da mala fe apreciada e o prexuízo ocasionado ao órgano de contratación e aos restantes licitadores. As contías indicadas neste apartado serán actualizadas cada dous anos mediante orde ministerial (artigo 47).

- Réxime de recursos contra a resolución

Contra a resolución ditada neste procedemento só caberá a interposición de recurso contencioso-administrativo. Non procederá a revisión de oficio, nin tampouco actos de fiscalización polos órganos de control financeiro das administracións (artigo 49).

TEMA 26

O SERVIZO PÚBLICO. FORMAS DE XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS. XESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

TEMA 26. O SERVIZO PÚBLICO. FORMAS DE XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS. XESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

I. O SERVIZO PÚBLICO

1. CONCEPTO E NATUREZA XURÍDICA

- Introducción. A teoría do servizo público

A teoría do servizo público está directamente relacionada co papel que o Estado e a Administración desempeñan nas sociedades modernas. Como expoñen os profesores GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a función do dereito público xa non se esgota na pura defensa da liberdade e a propiedade individuais, á cal estaba inicialmente orientado o dereito público de forma case exclusiva, senón que debe alcanzar tamén a canalizar adecuadamente unha tarefa de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramento das bases materiais da existencia individual e colectiva (a *Daseinvorsorge* de FORSTHOFF) e a proporcionarlle ao cidadán os medios apropiados para esixir e obter dos poderes públicos todo o que, séndolle estritamente necesario para subsistir dignamente, queda fóra do espazo vital por el dominado. É o que se chama a Administración prestacional.

No noso ordenamento xurídico, as esixencias relativas a esa actividade prestacional derivan directamente da cláusula de Estado social proclamada no artigo 1 da Constitución. Lonxe de ser un simple principio programático, a declaración de Estado social obrigou a reconstruír as bases do dereito administrativo, no que a Administración asume un novo rol, neste caso orientado a garantir a efectividade dos dereitos de liberdade e igualdade dos individuos e os grupos (artigo 9.2 da Constitución, que contén, ademais, o mandato expreso de adoptar as medidas necesarias para remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude). Nesta dirección, o capítulo III do título primeiro da propia Constitución establece un conxunto de “principios reitores” que haberán de concretarse mediante determinacións lexislativas, primeiro, e mediante accións da Administración, en segundo termo, que serán de obrigado cumprimento e conformarán auténticos dereitos subxectivos dos cidadáns. É así como debe entenderse o artigo 53.3 da Constitución, cando se refire aos principios recoñecidos neste capítulo III da Constitución, ao dispoñer

por unha banda que o seu recoñecemento, respecto e protección “*informarán a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos*”, para sinalar a continuación que “*só poderán ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan*”. Cunha redacción moi pouco afortunada, o precepto constitucional pretendeu establecer, e así o corroborou o Tribunal Constitucional, un mandato explícito dirixido a todos os poderes do Estado, e correspóndelle ao lexislador converter o deber xenérico en obriga esixible e a simple expectativa en dereito subxectivo en sentido estrito, a través dun adecuado desenvolvemento deses principios (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Correlativamente, nacerá tamén da lei un conxunto de obrigas que terá que asumir e cumprir a Administración pública na tarefa que a propia Constitución lle encomendou de servir ao interese xeral (artigo 103.1).

Que é o servizo público e que actividades son encadrables na devandita categoría xurídica é unha cuestión complexa e de difícil resposta, que requiriría un estudo histórico. En España, o servizo público aparecería, así, primeiro asociado ao concepto de obra pública, porque foi no seu momento a gran demanda da sociedade da época, e por iso está presente na lexislación sobre ferrocarrís; máis adiante, o servizo público utilizaríase para xustificar a intervención dos municipios nunha pugna de competencias co Estado, e cobra protagonismo no ámbito local; por fin, o servizo público aparece como título habilitante da intervención da Administración pública en sectores de actividade (auga, gas, electricidade) que pronto acabarán sendo asumidos polo Estado como propios deste a través da chamada *publicatio* (MEILÁN).

- *Concepto legal de servizo público*

O concepto de servizo público recóllese nalgúñas normas do ordenamento xurídico-administrativo, pero dificilmente podería afirmarse que en todas elas a expresión “servizo público” teña un mesmo significado, nin que se corresponda co concepto estrito que a doutrina sostén desta categoría xurídica. Sobre todas elas, na Constitución española de 1978, que recolle a expresión, ou outras similares, en varias partes do seu articulado, e non sempre co mesmo alcance ou sentido. Utilízase como sinónimo de “actividade administrativa”, ao recoller a cláusula de responsabilidade patrimonial dos poderes públicos polos danos sufridos como consecuencia do funcionamento dos servizos públicos

-artigo 106.2-. Fálase tamén de “servizos esenciais da comunidade” nos artigos 28 e 37, ao tratar do dereito de folga e do dereito dos traballadores e empresarios a adoptar medidas de conflito colectivo, para recoñecer que aseguren o mantemento ou o funcionamento daqueles servizos. A mesma expresión utilízase no artigo 128, cando sinala no seu apartado 2 que mediante lei poderáselle reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio. Do contido deste precepto e da súa localización no capítulo relativo á economía e a facenda despréndese para algún autor que as prestacións encadrables deben ser necesariamente de carácter preferentemente económico (MEILÁN). Ha de tratarse, ademais, de servizos “esenciais” e esa esencialidade, como expresión do que son as aspiracións da sociedade nun momento determinado, debe ser loxicamente apreciada polos seus lexítimos representantes, que constitúen o Parlamento, mediante lei (MEILÁN). SANTAMARÍA PASTOR sostén que en cada sociedade, e en cada momento histórico, existen unha serie de prestacións que os particulares precisan ou demandan de modo incondicional, por ser consideradas imprescindibles ou moi relevantes para o correcto funcionamento do sistema social e económico: son as prestacións mediante as que se satisfán as necesidades colectivas mínimas de seguridade e de benestar que cada sociedade alcanzou ou aspira a alcanzar en breve prazo e que considera como irrenunciabes. A demanda social destas prestacións aos cidadáns determina a asunción formal da súa satisfacción polos poderes públicos, que os toman como responsabilidade propia en orde a garantir a súa efectiva realización. Tales prestacións son as actividades ás que, xenericamente, se coñecen como servizos públicos.

No ámbito da nosa comunidade autónoma, a Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración, establece no seu artigo 33.1 que, para os seus efectos, consideraranse servizos públicos as actividades de prestación que a Administración xeral da comunidade autónoma e as súas entidades públicas instrumentais, en exercicio das súas competencias, asumen como propias e poñen, baixo a súa responsabilidade, a disposición da cidadanía. O precepto matiza no seu apartado 2 que as previsións desta lei aplicaranse aínda que non exista unha declaración formal de servizo público e con independencia do réxime que se utilice para a súa prestación. En cambio, quedan excluídas as actividades empresariais que o sector público autonómico realice en virtude da iniciativa pública na actividade económica en condicións de mercado e en

concorrenza cos particulares, é dicir, a chamada actividade empresarial da Administración á que se refire o artigo 128.2 da Constitución no seu primeiro inciso cando recoñece a iniciativa pública na actividade económica.

- Dereito da Unión Europea e servizo público

A todo o anterior é preciso engadir o impacto do Dereito da Unión Europea na teoría do servizo público. Como é sabido, o da Unión Europea constrúese no ambiente de liberalizacións e privatizacións de actividades tradicionalmente configuradas como servizos públicos, no sentido de actividades cuxa titularidade asumira o Estado aínda que a súa xestión fose levada por persoas privadas. Ademais, o feito de que o Dereito da Unión Europea reúna ordenamentos xurídicos moi diferentes, nos que a categoría do servizo público xoga papeis moi diversos, obrigou a buscar solucións de compromiso que non só atenuaron o concepto senón que provocaron vaivéns característicos dos diversos momentos políticos que atravesaba a Unión (MEILÁN).

O Tratado de Funcionamento da Unión Europea refírese aos servizos públicos no artigo 93, ao referirse ás axudas públicas. O artigo 106.2 refírese, con todo, aos “servizos de interese económico xeral”. Non aparece no tratado a expresión “servizos de interese xeral”, aínda que se acuñou na práctica comunitaria como expresión máis ampla que a anterior, porque inclúe actividades de contido non económico pero que se consideran de interese xeral e sometidas a obrigas específicas de servizo público (a educación, os réximes básicos de seguridade social obrigatorios ou a sanidade). Aqueles –os de contido económico– quedan sometidos ás regras de mercado e competencia.

Como conclúe MEILÁN, coa integración europea non cambiaron as categorías, nin a responsabilidade do Estado para asegurar a satisfacción de necesidades colectivas. O que cambiou é a forma en que os poderes públicos cumpren as súas obrigas cos cidadáns. O servizo público naceu para satisfacer necesidades da sociedade, a mesma finalidade que xustifica os servizos económicos de interese xeral. De feito foi acuñada xurisprudencialmente a expresión de “servizo universal”.

2. RÉXIME XURÍDICO BÁSICO DOS SERVIZOS PÚBLICOS

No ordenamento xurídico da Comunidade Autónoma de Galicia, o réxime xurídico básico dos servizos públicos autonómicos vén determinado polos artigos 34 e 35 da lei xa mencionada de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración.

O artigo 34 consagra a proxección da potestade autoorganizatoria da Xunta de Galicia sobre os servizos da súa competencia. Así, este precepto proclama que a Xunta de Galicia, dentro do marco constitucional e estatutario, terá plena potestade para constituír, organizar e modificar os servizos públicos da súa competencia, incluídas as reorganizacións que resulten no exercicio desta potestade.

A potestade de organización do servizo comprenderá a determinación do seu alcance e réxime xurídico, sempre de acordo coas disposicións en que, se é o caso, se basee o establecemento do servizo. Con todo, só se admite a prestación dos servizos públicos en réxime de monopolio coa eliminación das titularidades privadas no sector da actividade cando unha lei o autorice expresamente, tal como prevé o artigo 128.2 da Constitución no seu segundo inciso.

Ademais, os servizos públicos autonómicos publicaranse na guía de procedementos e servizos regulada no artigo 5 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, coa finalidade de facilitarlle á cidadanía o coñecemento da súa existencia.

En canto ao réxime xurídico dos servizos públicos, o artigo 35 da lei que nos ocupa precisa que as disposicións de carácter xeral ou actos administrativos mediante os cales se acorde o establecemento dun servizo público como servizo propio da comunidade autónoma deberán precisar o réxime xurídico que lles será aplicable, de acordo coas previsións desta lei e calquera outra que resulte de aplicación.

Ese réxime xurídico debe precisar, como mínimo, os seguintes aspectos:

- Declaración expresa de que a actividade de prestación da que se trata é asumida pola administración respectiva como propia.

- Órgano competente para a prestación do servizo.
- Alcance das prestacións en favor dos administrados e administradas.
- Modalidade ou modalidades de prestación do servizo. No caso de que se preveña unha xestión indirecta do servizo mediante contrato, precisaranse as obrigas esenciais do contratista.
- A definición da situación estatutaria das persoas usuarias do servizo a través da previsión dos seus dereitos e deberes.
- Estándares mínimos de calidade do servizo público. En particular, atendendo á natureza e características de cada servizo público, e de acordo co establecido nesta lei, poderá recollerse a taxación da indemnización económica mínima que as persoas usuarias teñen dereito a percibir en caso de incumprimento dos estándares mínimos de calidade ou a porcentaxe de devolución da tarifa aboada á que teñan dereito, sen prexuízo da posible acreditación de maiores danos e perdas de acordo coa lexislación reguladora da responsabilidade patrimonial da Administración.
- Os demais aspectos básicos de carácter xurídico, económico e administrativo que definan a prestación do servizo.

Precisa o apartado 3 deste artigo 35 que a Administración dispoñerá, en todo caso, das potestades precisas para asegurar o bo funcionamento do servizo e garantir e regular a súa prestación. Así mesmo, velará pola evolución e adaptación das prestacións comprendidas nos servizos públicos ao progreso da ciencia e pola súa adaptación á normativa técnica, ambiental, de accesibilidade e eliminación de barreiras e de seguridade das persoas usuarias que resulte de aplicación (principio de adaptación ou mutabilidade dos servizos públicos).

No procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral ou no procedemento para a adopción do acto administrativo polo que se acorde o establecemento do servizo público deberá incluírse unha memoria na que se xustificarán a oportunidade e a pertinencia da prestación do servizo público, as necesidades de interese xeral ás que responde a modalidade ou modalidades elixidas para a xestión do servizo público, así

como a inexistencia de duplicidades respecto doutros servizos prestados por outras administracións públicas e o respecto aos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira e aos obxectivos de eficiencia do gasto e eficacia da xestión pública autonómica.

3. O ESTATUTO XURÍDICO DOS USUARIOS DOS SERVIZOS PÚBLICOS

O usuario dos servizos públicos é o beneficiario inmediato da acción prestacional levada a cabo pola Administración ou o contratista. O ordenamento xurídico recoñece un complexo armazón de dereitos e obrigas que conforman o estatuto dos usuarios dos servizos públicos.

- O dereito ao establecemento do servizo

Debido a que, como xa se dixo, o artigo 53.3 da Constitución só permite alegar ante a xurisdición ordinaria os principios reitores da política social e económica recollidos no capítulo terceiro do título primeiro da Constitución de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan, no noso ordenamento xurídico non existe con carácter xeral un dereito ao establecemento de servizos públicos que non fosen creados polo lexislador ou a Administración.

Unha excepción son os servizos mínimos obrigatorios que o artigo 26.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local lles impón aos municipios en función da súa poboación, pois neste caso a propia lei recoñece os veciños no seu artigo 18.1.g) o dereito para esixir non só a súa prestación, senón tamén o seu establecemento. A forma de facer efectivo este dereito é mediante a impugnación dos orzamentos municipais cando non inclúan unha consignación adecuada e suficiente para sufragar os servizos obrigatorios, nos termos previstos polos artigos 170 e 171 do texto refundido da Lei reguladora das Facendas locais, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo.

Estes servizos son os seguintes:

- En todos os municipios: iluminación pública, cemiterio, recollida de residuos, limpeza viaria, abastecemento domiciliario de auga potable, rede de sumidoiros,

acceso aos núcleos de poboación e pavimentación das vías públicas.

- Nos municipios con poboación superior a 5000 habitantes, ademais: parque público, biblioteca pública e tratamento de residuos.
- Nos municipios con poboación superior a 20.000 habitantes, ademais: protección civil, avaliación e información de situacións de necesidade social e a atención inmediata a persoas en situación ou risco de exclusión social, prevención e extinción de incendios e instalacións deportivas de uso público.
- Nos municipios con poboación superior a 50.000 habitantes, ademais: transporte colectivo urbano de viaxeiros e medio ambiente urbano.

- Réximes xurídicos de prestación dos servizos públicos aos usuarios

O artigo 37 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración distingue dous grandes réximes xurídicos de prestación dos servizos públicos aos usuarios destes, o de dereito administrativo, de carácter obxectivo e estatutario, e do dereito privado, de carácter contractual:

- As relacións das persoas usuarias cos servizos xestionados directamente pola Administración xeral da comunidade autónoma ou a través das súas entidades públicas instrumentais terán natureza xurídico-administrativa e regularanse polo dereito administrativo.
- Nos casos de xestión directa do servizo a través doutras entidades instrumentais do sector público diferentes das expresadas no apartado anterior e nos casos de xestión indirecta do servizo, as relacións das persoas usuarias co prestador do servizo terán natureza xurídico-privada.

Con todo, o réxime xurídico privado de prestación non exclúe a aplicación de principios e normas de dereito público á relación, como recoñece leste mesmo artigo da lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración. Así:

- O prestador do servizo estará obrigado a admitir á utilización do servizo ás persoas que cumpran os requisitos para iso.

- As relacións xurídicas e os contratos que se concerten entre as persoas usuarias do servizo e os prestadores deberán axustarse ao previsto no réxime xurídico do servizo.

Para estes efectos, o réxime xurídico do servizo preverá a aprobación e o control por parte do órgano competente da Administración das condicións xerais das relacións que se concerten coas persoas usuarias ou dos documentos contractuais que utilicen os prestadores do servizo. Así mesmo, os prestadores do servizo darán parte ao órgano competente das instrucións que adopten no marco da súa responsabilidade de coidado da boa orde do servizo, para os efectos de posibilitar o exercicio das funcións administrativas de control e supervisión do servizo.

- Estatuto xeral dos usuarios dos servizos públicos. A carta galega dos servizos públicos

En desenvolvemento do anterior, o artigo 38 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración proclama que todos os usuarios dos servizos públicos autonómicos, con independencia da modalidade en que se presten, terán os mesmos dereitos respecto da prestación do servizo público.

En particular, terán dereito:

- A ser admitidas ao servizo e a esixir a prestación dos servizos públicos establecidos cando reúnan os requisitos subxectivos e obxectivos establecidos no ordenamento xurídico e na regulamentación do servizo para ser beneficiarias das súas prestacións.
- A recibir as prestacións en que consiste o servizo público nas condicións de continuidade, regularidade e calidade estipuladas no seu réxime xurídico, con pleno respecto aos principios de universalidade, igualdade e non discriminación.
- A utilizar e a ser atendidas, á súa elección, na lingua galega ou castelá nas súas relacións orais e escritas co prestador do servizo. Para estes efectos, tanto nos supostos de xestión directa como indirecta, adoptaranse as medidas organizativas do servizo necesarias para a garantía deste dereito. O galego será a lingua de uso normal e preferente en todas as actividades relacionadas coa organización e

prestación dos servizos públicos.

- A ser tratadas con deferencia e respecto no marco da prestación do servizo público de que se trate.
- A acceder a toda a información que sexa precisa para formular queixas ou reclamacións sobre a prestación do servizo, de acordo co disposto na lexislación reguladora da transparencia administrativa.
- A presentar suxestións e queixas sobre o funcionamento do servizo, que deberán ser contestadas de forma motivada e individual.
- A obter copia selada de todos os documentos que, en relación coa prestación do servizo, presenten nas súas oficinas.
- A esixir da Administración o exercicio das súas facultades de inspección, control e, se é o caso, sanción para garantir o bo funcionamento do servizo, garantir e regular a prestación deste e emendar calquera irregularidade na súa prestación.

Estes dereitos complementáanse coas obrigas que recolle o apartado 3 do artigo 38:

- A aboar, se é o caso, a contraprestación económica comprendida nas tarifas aprobadas.
- A tratar con respecto e coidado as instalacións en que se preste o servizo e os bens utilizados na súa prestación.
- A tratar con deferencia e respecto ao resto das persoas usuarias, así como ao persoal que preste o servizo.
- A realizar un uso non abusivo dos servizos. Entenderase que unha persoa fai un uso abusivo cando a súa conduta obstaculice de maneira irracional, desproporcionada e evidente o bo funcionamento do servizo, e lle ocasione un prexuízo ao resto das persoas usuarias, á administración titular do servizo público e, se é o caso, ao prestador.

O incumprimento destas obrigas facultará o prestador do servizo ou o seu persoal

debidamente autorizado ou acreditado para non admitir a persoa usuaria á prestación do servizo ou para a súa denegación, sen prexuízo da posibilidade da imposición das sancións previstas nas leis sectoriais que regulen determinados servizos.

Así mesmo, o persoal encargado da explotación do servizo, en ausencia de axentes da autoridade, poderá adoptar as medidas necesarias para a utilización do servizo e formular, se é o caso, as denuncias pertinentes. Para estes efectos, servirán de medio de proba as obtidas polo persoal do prestador do servizo debidamente acreditado e cos medios homologados previamente polo órgano administrativo competente, así como calquera outro admitido en dereito.

- En particular, as tarifas dos servizos públicos

Cando o prestador do servizo é o propio ente administrativo titular deste, de acordo co establecido na Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos, a contraprestación terá a natureza de taxa cando se trate de servizos de solicitude ou recepción obrigatoria polos administradores ou que non poida prestar ou realizar o sector privado, por canto impliquen intervención na actuación dos particulares ou calquera outra manifestación do exercicio de autoridade (artigo 6), e de prezo público en caso contrario (artigo 24).

Cando, pola contra, o servizo se preste en réxime de xestión contractual (isto é, por parte dunha empresa, por exemplo, unha concesionaria), a contraprestación terá sempre carácter privado, considerándose como prezo dun servizo cuxo título é o contrato que celebra a dita empresa co usuario (por exemplo, o billete de autobús ou de metro).

Os criterios de determinación do importe da contraprestación que, se é o caso, deben aboar os usuarios pola prestación dos servizos públicos foron fixados pola citada Lei de taxas e prezos públicos arredor do denominado “principio de equivalencia”, no sentido de que as taxas “tenderán a cubrir o custo do servizo ou da actividade que constitúa o seu feito imponible” (artigo 7), en tanto que os prezos públicos “se establecerán a un nivel que cubra como mínimo os custos económicos orixinados pola realización das actividades ou a prestación dos servizos ou que resulte equivalente á utilidade derivada destes” (artigo 25).

Pola súa banda, o artigo 39 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa

administración matiza 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 lles corresponda aos órganos competentes da Administración, atendidas a situación estatutaria das persoas usuarias do servizo e a responsabilidade última da Administración sobre este.

Para a aplicación desta previsión, o contratista terá que darlle traslado ao órgano competente da Administración, con certificación das cantidades debidas, coa finalidade de que o órgano competente sobre o servizo, logo da audiencia á persoa usuaria e unha vez acreditada a correcta realización da prestación, dite o correspondente acto administrativo no cal se teña por prestado o servizo e se lles dea parte aos servizos de recadación competentes para os efectos da esixencia da tarifa polas vías previstas para os recursos de dereito público. As cantidades recadadas seranlle entregadas ao contratista.

- Responsabilidade patrimonial derivada da prestación dos servizos públicos de titularidade autonómica

Tamén regula a Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración, no seu artigo 40, as especialidades das reclamacións de responsabilidade patrimonial que poidan formular os usuarios dos servizos públicos como consecuencia da prestación destes. Tales reclamacións poderán dirixirse directamente á administración autonómica titular do servizo público, de acordo co establecido na lexislación básica estatal, sen prexuízo do dereito dos usuarios para reclamar contra o prestador do servizo na vía xurisdiccional que corresponda nos casos en que non se pretenda a esixencia de responsabilidade patrimonial da Administración.

No caso de servizos públicos prestados de forma indirecta, o prestador do servizo está obrigado a remitirle á Administración autonómica as reclamacións de responsabilidade patrimonial que lle poidan formular directamente os usuarios. O contrato incluírá expresamente esta obriga como obriga esencial, cuxo incumprimento será causa de resolución contractual.

Na tramitación do procedemento de responsabilidade patrimonial nestes casos de servizos públicos en réxime de xestión indirecta, o artigo 41 da lei establece que se lle dará audiencia ao contratista, e notificaránselle cantas actuacións realícense no procedemento para o efecto de que compareza nel, expoña o que ao seu dereito conveña e propoña cuantos medios de proba considere necesarios. O procedemento instruírase de acordo coas normas que regulan a responsabilidade patrimonial da Administración e determinará se existe responsabilidade patrimonial da Administración, por ser o dano producido por causas imputables á Administración, ou se existe responsabilidade patrimonial do contratista.

Se no procedemento se determinase a existencia de responsabilidade patrimonial do contratista, a Administración, como garante da posición dos usuarios, en virtude da lei e no uso das súas potestades contractuais, ordenará a aquel o aboamento da indemnización á persoa usuaria e indicarlle un prazo para iso. En caso de incumprimento da resolución polo contratista, as cantidades determinadas pola Administración no procedemento terán a consideración de crédito de dereito público, para os efectos da súa recadación polo órgano competente da Administración. As cantidades recadadas serán obxecto de entrega á persoa usuaria do servizo prexudicado.

Así mesmo, o réxime xurídico do servizo poderá prever o aboamento das cantidades determinadas no procedemento directamente por parte da Administración como responsable última do servizo e a súa posterior esixencia como crédito de dereito público ao contratista.

Para estes efectos, se a administración titular do servizo público entende que se produciron lesións nos bens e dereitos das persoas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidade patrimonial, iniciará de oficio o procedemento correspondente, de acordo co establecido na lexislación básica estatal.

O réxime xurídico de cada servizo público, atendendo á súa natureza e características, poderá precisar os estándares mínimos de calidade cuxo incumprimento se considerará funcionamento anormal e que determinarán, se é o caso, e nos termos previstos na normativa en materia de responsabilidade patrimonial da Administración, o dereito da

persoa usuaria a ser indemnizada na contía determinada que para o efecto se precise, sen prexuízo da posible acreditación de maiores danos e perdas de acordo coa lexislación reguladora da responsabilidade patrimonial da Administración.

II. FORMAS DE XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS: XESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

1. FORMAS DE XESTIÓN DOS SERVIZOS PÚBLICOS

O artigo 36 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración establece que a xestión dos servizos públicos de competencia da comunidade autónoma poderá adoptar as seguintes modalidades:

- Xestión directa do servizo público a través da Administración xeral da comunidade autónoma.
- Xestión directa do servizo público a través dun medio instrumental do sector público autonómico.
- Xestión indirecta do servizo público mediante contrato. Só se poderán xestionar a través desta modalidade aqueles servizos que sexan susceptibles de explotación por parte de particulares e que non impliquen o exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos.
- Coxestión do servizo público en colaboración con outra administración pública.

2. A XESTIÓN DIRECTA DOS SERVIZOS PÚBLICOS

A xestión directa consiste na xestión dun servizo pola Administración titular deste. Baixo esta expresión compréndense os supostos en que o servizo é prestado directamente polos órganos integrantes da persoa xurídica en que cada Administración constitúese como aqueloutros nos que a súa prestación confíase a unha entidade instrumental da devandita Administración constituída con tal fin.

SANTAMARÍA PASTOR resume a regulación actual nos seguintes puntos, que resultan da sistematización dos artigos 4.1 n) e 24.6 do texto refundido da Lei de contratos do sector

público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro:

- Só cabe confiar a xestión de servizos económicos a un ente instrumental cando teña atribuída a condición de “medio propio e servizo técnico” da Administración titular (artigo 4.1.n do TRLCSP). Nos demais casos, a Administración titular deberá celebrar un contrato de xestión de servizos públicos, a cuxa licitación poderán concorrer, en pé de igualdade, os entes públicos (xa sexan dos que se constitúen en forma pública ou privada, como as sociedades públicas) e as empresas privadas.
- A atribución da condición de “medio propio e servizo técnico” rodéase de numerosas cautelas e requisitos, entre eles:
 - Só poden gozar desta condición aquelas entidades cuxa parte esencial da súa actividade estea dirixida a prestar servizos á Administración que lle encomende o servizo (artigo 24.6, parágrafo 1.º do TRLCSP).
 - Esíxese, así mesmo, que a administración titular teña sobre o medio propio “un control análogo ao que poden exercer sobre os seus propios servizos”; entendéndose que existe o dito control só cando poida “conferir-lles encomendas de xestión que sexan de execución obrigatoria para eles de acordo con instrucións fixadas unilateralmente polo encomendante e cuxa retribución se fixe por referencia a tarifas aprobadas pola entidade pública da que dependan”; e se o medio propio ten natureza de sociedade mercantil, a totalidade do seu capital terá que ser de titularidade pública (artigo 24.6, parágrafo 1.º e 2.º do TRLCSP).
 - Imponse tamén o requisito formal de que a condición de medio propio e servizo técnico “deberá recoñecerse expresamente pola norma que as cre ou polos seus estatutos, que deberán determinar as entidades respecto das cales teñen esta condición e precisar o réxime das encomendas que se lles poidan conferir ou as condicións en que poderán adxudicárselles contratos (artigo 24.6, parágrafo 3.º do TRLCSP).
 - Por último, as entidades que gocen desta condición non poderán participar

nas licitacións que convoque a Administración da que dependan (artigo 24.6, parágrafo 3.º do TRLCSP); e os contratos que celebren con terceiros para a execución dos servizos que se lles confíen deberán suxeitarse ao TRLCSP, nos supostos en que esta é aplicable (artigo 4.1.n do TRLCSP).

2. A XESTIÓN INDIRECTA DOS SERVIZOS PÚBLICOS

Está regulada nos artigos 275 a 289 do TRLCSP e polos artigos 44 a 55 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración. Tal e como establece o artigo 275.1 do TRLCSP, “a Administración poderá xestionar indirectamente, mediante contrato, os servizos da súa competencia, sempre que sexan susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso poderán prestarse por xestión indirecta os servizos que impliquen exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos.”

- Modalidades

Pois ben, tal e como dispón o artigo 277 do TRLCSP, a contratación da xestión dos servizos públicos poderá adoptar as seguintes modalidades:

- *Concesión*, pola que o empresario xestionará o servizo ao seu propio risco e ventura.

Crítica a doutrina a imprecisión e inexactitude con que o TRLCSP se refire á modalidade clásica de xestión indirecta dos servizos públicos.

A peculiaridade da técnica é a bifurcación entre a titularidade pública do servizo (reservada ao sector público a través da *publicatio*) e a xestión privada da prestación. A Administración conserva a titularidade e os poderes necesarios para garantir a adecuada prestación do servizo por parte do concesionario, que deberá levalo a cabo con condicións de regularidade e continuidade, e asumir os riscos inherentes ao servizo (“ao seu propio risco e ventura”). Como contrapartida, o concesionario benefíciase da regra do mantemento do equilibrio económico-financeiro, que corresponde analizar na lección correspondente á contratación pública (remisión).

- *Xestión interesada*, en cuxa virtude a Administración e o empresario participarán nos resultados da explotación do servizo na proporción que se estableza no contrato.

É esta unha figura de trazos pouco definidos. Caracterízase, en palabras de BLANQUER, por dosificar os riscos do particular e estimular o seu acerto xestor. De tal modo que se orienta a garantir unha rendibilidade mínima, que o empresario alcanzará se o acerto da explotación do empresario responde aos estándares normais de xerencia, e estímúlase o empresario para que optimice a xestión se quere maximizar o rendemento. A Administración, pola súa banda, tamén participa nos beneficios/perdas que obteña o prestador do servizo.

- *Concerto* con persoa natural ou xurídica que veña realizando prestacións análogas ás que constitúen o servizo público de que se trate.

A acción concertada (por exemplo, na sanidade) é unha mostra da colaboración económica entre o sector público e o sector privado cuxos principais trazos característicos describe BLANQUER:

- Refírese a actividades económicas abertas á iniciativa privada.
 - Esixencia de homologación previa da persoa que vaia prestar o servizo.
 - Aproveitamento de infraestruturas preexistentes e, por tanto, ausencia de reversión dos bens afectos á prestación do servizo.
 - Prezo certo do negocio xurídico, non ligado ao risco e ventura.
 - Duración limitada do vínculo, aínda que suxeito, xeralmente, á posibilidade de prórrogas.
- *Sociedade de economía mixta* na que a Administración participe, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas.

SANTAMARÍA PASTOR expón con claridade esta técnica, na que a Administración titular do servizo precisa da colaboración dunha empresa privada que lle achegue o

capital ou o *know-how* e os medios tecnolóxicos para a prestación de servizos complexos, pero non require desentenderse da súa xestión inmediata; con tal fin, a Administración constitúe unha sociedade en cuxo capital participa, pero no que lle dá entrada a un socio privado que, ademais das súas achegas en medios ou diñeiro, se encarga materialmente da xestión do servizo, pero baixo o control directo da Administración titular, que se atopa presente nos órganos sociais (e participa tamén, por tanto, nos beneficios que pode producir a explotación do servizo). O autor citado critica, con todo, que os perfís legais da sociedade de economía mixta son bastante confusos e non lle responden á pregunta elemental de cal é o suxeito co que a Administración titular do servizo contrata a súa xestión: unha pregunta de contestación problemática á vista da regulación da contratación *in house* que hoxe establecen os artigos 4.1.n) e 24.6 do TRLCSP. Ao configurala como unha modalidade autónoma do contrato de xestión de servizos públicos, distinta da concesión, podería pensarse que a súa constitución respondería á seguinte hipótese: a Administración titular do servizo adxudica directamente a xestión deste a unha sociedade propia, de capital integramente público, que reúna os requisitos que os preceptos antes citados esixen para a súa cualificación como “medio propio e servizo técnico” daquela. Posteriormente, a propia sociedade allea unha parte do seu capital a un suxeito privado (converténdose así nunha sociedade de economía mixta); e este alleamento de parte do capital (isto é, a selección do socio privado) realízase en réxime de concorrência e licitación idéntico ao esixido para un contrato de xestión de servizos públicos, satisfacéndose así o principio de apertura competitiva do servizo aos terceiros.

- *Duración*

O contrato de xestión de servizos públicos é un negocio xurídico de longa duración, tal e como dispón o artigo 278 do TRLCSP:

“O contrato de xestión de servizos públicos non poderá ter carácter perpetuo ou indefinido, fixándose necesariamente no prego de cláusulas administrativas particulares a súa duración e a das prórrogas de que poida ser obxecto, sen que poida exceder o prazo total, incluídas as prórrogas, dos seguintes períodos:

- a) Cincuenta anos nos contratos que comprendan a execución de obras e a explotación de servizo público, salvo que este sexa de mercado ou lonxa central almacenista de artigos alimenticios xestionados por sociedade de economía mixta municipal, nese caso poderá ser ata 60 anos.
- b) Vinte e cinco anos nos contratos que comprendan a explotación dun servizo público non relacionado coa prestación de servizos sanitarios.
- c) Dez anos nos contratos que comprendan a explotación dun servizo público cuxo obxecto consista na prestación de servizos sanitarios, sempre que non estean comprendidos na letra a)“.

- Contido dos pregos

O contido dos pregos dos contratos de xestión de servizos públicos aparece detallado nos artigos 45 e seguintes da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración.

O artigo 45 sinala que os pregos que regulen o contrato que se formalice para a xestión indirecta do servizo fixarán as condicións de prestación do servizo, de acordo co estipulado no réxime xurídico que se lle aplique, e establecerán as condicións de calidade aplicables á prestación do servizo e, se é o caso, as tarifas que teñan que aboar as persoas usuarias, os procedementos para a súa revisión e o canon ou participación que haxa que satisfacer á Administración, e garantirán en calquera caso a continuidade, regularidade e universalidade do servizo e os dereitos das persoas usuarias.

A Administración incluírá nos pregos de condicións mecanismos para medir a calidade do servizo ofrecida polo concesionario e outorgar vantaxes ou penalizacións económicas a este en función daqueles.

En relación con esta cuestión, o artigo 46 da lei engade que os pregos recollerán os estándares de calidade concretos e determinados aplicables na prestación do servizo. Estes estándares nunca serán menores que os establecidos pola Administración para a prestación do servizo por ela mesma de forma directa.

O incumprimento dos estándares de calidade dará lugar á imposición das penalidades previstas no prego e poderá ser causa de resolución do contrato.

Cando a retribución do contratista sexa aboada pola Administración, esta estará orientada ao cumprimento do contrato mediante a inclusión nos pregos de cláusulas de variación de prezos ligada ao cumprimento dos estándares de calidade e dispoñibilidade do servizo, e debe determinar con precisión os supostos en que se producirán estas variacións e as regras para a súa determinación.

Os estándares de calidade serán publicados na web da entidade contratante e deberán estar a disposición das persoas usuarias do servizo na forma que se dispoña nos pregos e necesariamente nas instalacións do prestador do servizo. Publicarase tamén a identidade do responsable do contrato.

- Prerrogativas da Administración na execución do contrato

O artigo 53 da Lei 1/2015, do 1 de abril, de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración, establece que, ademais das prerrogativas e dos dereitos que teñan de acordo coa normativa de contratos públicos, a Administración xeral da comunidade autónoma e as entidades que integran o seu sector público terán as seguintes prerrogativas e dereitos en relación cos contratos relativos á prestación de servizos públicos:

- Interpretar os contratos, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento e modificalos, especialmente cando concorran razóns de interese público derivadas dos obxectivos de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.
- Resolver os contratos nos supostos de incumprimento das condicións de execución, de acordo co prescrito no contrato e na lei.
- Establecer, se é o caso, as tarifas máximas pola utilización do servizo público.
- Impoñerlle ao contratista as penalidades pertinentes por razón dos incumprimentos en que incorra.
- Exercer as funcións de policía no uso e explotación do servizo, nos termos que se

establezan na lexislación sectorial específica.

- Impoñer con carácter temporal as condicións de prestación e utilización do servizo que sexan necesarias para solucionar situacións excepcionais de interese xeral e aboar a indemnización que, se é o caso, proceda.
- Calquera outro dereito recoñecido nesta ou noutras leis.

En todo caso, a Administración xeral da comunidade autónoma conservará os poderes de policía necesarios para asegurar a boa marcha dos servizos de que se trate, como garantía da súa continuidade, regularidade e universalidade, con independencia da modalidade de xestión do servizo pola que se optou.

En particular, o artigo 55 da lei regula a posibilidade de intervención do servizo, prevista no artigo 285 do TRLCSP.

Segundo o artigo 55.1, a Administración xeral da comunidade autónoma ou a entidade pública instrumental competente para a prestación do servizo poderá acordar a intervención deste nos supostos de incumprimento por parte do contratista dos cales derive perturbación grave e non reparable por outros medios no servizo público, cando a Administración non decidise a resolución do contrato. En todo caso, o contratista deberá aboarlle á Administración os danos e perdas que efectivamente lle irroque.

A intervención acordarase, logo da audiencia ao contratista, mediante resolución na que se fixará o réxime de intervención do servizo, que, como mínimo, conterá as seguintes prescricións:

- Medidas de control que garantan os dereitos dos usuarios e a calidade do servizo.
- Réxime de multas coercitivas que se lle poderán impoñer ao contratista que non atenda as ordes da administración interventora.
- Designación do interventor ou interventores que lle trasladarán ao contratista as ordes e medidas en que se traduza a intervención.

A intervención poderá consistir na atribución ao órgano de contratación da explotación

directa do servizo e a percepción por este da contraprestación establecida, e para iso pode utilizar o mesmo persoal e material do concesionario. Neste caso, o órgano de contratación designará a un ou varios interventores que substituirán plena ou parcialmente o persoal directivo da empresa concesionaria. A explotación do servizo obxecto de intervención efectuarase por conta e risco do contratista, a quen se lle devolverá, ao finalizar aquel, o saldo que resulte despois de satisfacer todos os gastos, incluídos, se é o caso, os honorarios dos interventores, e de deducir a contía das penalidades impostas e as indemnizacións que se lles deberon aboar ás persoas usuarias prexudicadas ou debidas á propia Administración.

De acordo co estipulado no artigo 53, a Administración xeral da comunidade autónoma poderá facer efectivas as súas facultades de policía respecto dos seus servizos públicos, con independencia da modalidade da súa xestión, e acordar a súa intervención directa coa finalidade de protexer as persoas usuarias e de garantir a prestación do servizo e a salvagarda do patrimonio público.

A intervención terá carácter temporal e a súa duración estenderase ata a desaparición dos motivos que a xustificaron, sen que poida exceder de dezoito meses, suposto en que se deberá proceder á resolución do contrato, ou ben, no caso de resolverse o contrato, ata a adxudicación do novo.

- Dereitos e obrigas do contratista

Os dereitos e obrigas do contratista recóllense con carácter básico nos artigos 280 e 281 do TRLCSP, e desenvólvense con máis detalle nos artigos 49 e 50 de Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración.

Segundo o artigo 49, o contratista terá os seguintes dereitos:

- Dereito a prestar o servizo público nos termos convidados, de acordo co principio de risco e ventura.
- Dereito a percibir as contraprestacións pactadas no contrato.
- Dereito a utilizar os bens da Administración cando sexan precisos para a

prestación do servizo público. Nos pregos do contrato deberán precisarse as condicións de utilización dos devanditos bens, e identificaranse as que teñan carácter de condición esencial do contrato para os efectos da súa resolución así como o réxime de penalidades aplicable aos incumprimentos do contratista. As penalidades e, se é o caso, a resolución do contrato aplicaranse sen prexuízo das sancións que se lle deban impoñer ao contratista de acordo coa Lei 5/2011, do 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.

- Os que se poidan determinar de maneira expresa no contrato, de acordo coas regras da boa fe, o equilibrio contractual e o previsto nas leis.

Pola súa banda, o artigo 50 sinala que estará suxeito ás seguintes obrigas:

- Organizar e prestar o servizo con estrita suxeición ao réxime xurídico aprobado e de acordo coas características establecidas no contrato.
- Prestar o servizo coa continuidade e calidade convida.
- Admitir á utilización do servizo a todo usuario e garantir a súa prestación nas condicións que foron establecidas, de acordo cos principios de igualdade e non discriminación, e mediante o aboamento, se é o caso, da contraprestación económica comprendida nas tarifas aprobadas.
- Respetar os dereitos dos usuarios recollidos na lei e no réxime xurídico do servizo.
- Coidar da boa orde e da calidade do servizo, para o que poderá ditar as oportunas instrucións, sen prexuízo das potestades da Administración e da súa responsabilidade última no servizo.
- Indemnizar polos danos que se causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira o desenvolvemento do servizo, excepto cando o dano sexa producido por causas imputables á Administración.
- Manter o servizo público de conformidade co que, en cada momento e segundo o progreso da ciencia, dispoña a normativa técnica, ambiental, de accesibilidade e

eliminación de barreiras e de seguridade dos usuarios que resulte de aplicación.

- Protexer o dominio público que quede vinculado ao servizo.
- Proporcionarlles aos seus traballadores un traballo de calidade e estable, protexelos fronte aos accidentes e riscos laborais e promover condicións de conciliación familiar e laboral e de igualdade de xénero.
- No caso de resolución do contrato ou extinción polo seu incumprimento, seguir prestando o servizo ata a adxudicación do novo contrato. Así mesmo, no caso de que a Administración opte por unha xestión directa do servizo, asumirá igualmente a obriga de prestar o servizo ata a súa plena asunción pola comunidade autónoma. Nestes casos de extensión do servizo, o contratista terá dereito a ser compensado de acordo cos prezos establecidos no propio contrato.
- Calquera outra prevista nesta ou noutra lei, no réxime xurídico do servizo ou no prego de cláusulas administrativas particulares.

Engade o apartado 3 do artigo 50 que os pregos precisarán o réxime de penalidades aplicable ao incumprimento destas obrigas do contratista, así como daquelas outras que se configuren como condicións esenciais de execución do contrato. Para estes efectos, o órgano de contratación velará na execución do contrato polo cumprimento por parte do contratista de todas as súas obrigas, en particular no que respecta a aquelas en materia ambiental, social ou laboral, que deberán ser obxecto dun seguimento singularizado.

Desta maneira, considerarase incumprimento grave que xustificará a resolución do contrato a vulneración probada dos dereitos laborais dos traballadores e, en especial, dos permisos de paternidade e maternidade, xa sexa directamente ou ben mediante coaccións. Nestes casos, sempre que existan indicios de delito contra os dereitos dos traballadores, o órgano de contratación poñerá en coñecemento do Ministerio Fiscal.

Así mesmo, os incumprimentos dos estándares de calidade do servizo poderán ser reclamados polas persoas usuarias de conformidade co disposto no artigo 48 da lei, que sinala que os usuarios dos servizos públicos prestados mediante xestión indirecta poderán formular suxestións e queixas sobre a prestación do servizo ao contratista, que deberá

remitirlas ao responsable do contrato ou ben presentalas directamente ante este último. O responsable do contrato, logo do informe da oficina de defensa das persoas usuarias, remitiralle unha proposta ao órgano de contratación sobre a suxestión ou queixa recibida. Os pregos deberán prever as penalidades que sexan de aplicación ao contratista no caso de que non lle dea traslado á Administración das queixas e suxestións recibidas.

No caso das queixas, a proposta do responsable do contrato pronunciárase motivadamente sobre a eventual vulneración dos dereitos da persoa usuaria, e propoñerá as medidas concretas que se adoptarán. Estas medidas poderán consistir en reducións na retribución do contratista ou en imposición de penalidades, de acordo co estipulado no contrato, así como na adopción de ordes por parte do órgano contratante no exercicio dos seus poderes de policía para asegurar a boa marcha do servizo. Todo o anterior é sen prexuízo da posibilidade de acordar a imposición de multas ao usuario que realice un uso abusivo dos seus dereitos ao formular a queixa, de acordo co previsto no artigo 38 da presente lei e no réxime xurídico do servizo.

- Subcontratación

A subcontratación nos contratos da xestión de servizos públicos está sometida, ademais da as prescricións xerais do TRLCSP, ás disposicións dos artigos 51 e 52 da Lei de garantía da calidade dos servizos públicos e da boa administración.

O artigo 51 sinala que o contratista poderá concertar con terceiros a realización parcial da prestación, de acordo co previsto na normativa de contratos públicos. Hai que ter en conta que o artigo 289 do TRLCSP establece expresamente que no contrato de xestión de servizos públicos, a subcontratación só poderá recaer sobre prestacións accesorias.

Cando o contrato, por razón do seu obxecto e natureza, o permita, a Administración poderá identificar nos pregos aquelas prestacións accesorias do obxecto do contrato que se poidan subcontratar.

A realización destas prestacións poderá reservarse a centros especiais de emprego, de acordo co previsto na Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico.

De acordo co artigo 52 da Lei galega, en todo caso, a Administración velará por que a subcontratación de prestacións accesorias non supoña unha diminución dos estándares de calidade do servizo. Os usuarios do servizo manterán todos os dereitos previstos nesta lei e no réxime xurídico do servizo con independencia da subcontratación.

O órgano de contratación poderá comprobar, de acordo co disposto na lexislación de contratos do sector público, o estrito cumprimento dos pagamentos que os contratistas adxudicatarios dos contratos teñen que facer a todos os subcontratistas ou subministradores que participen neles. Deste xeito, os contratistas adxudicatarios remitiranlle ao ente público contratante, cando este o solicite, unha relación detallada daqueles subcontratistas ou subministradores que participen no contrato cando se perfeccione a súa participación, xunto con aquelas condicións de subcontratación ou subministración de cada un deles que garde unha relación directa co prazo de pagamento. Así mesmo, deberán achegar, a solicitude do ente público contratante, xustificante de cumprimento dos pagamentos a aqueles unha vez finalizada a prestación, dentro dos prazos de pagamento legalmente establecidos no artigo 228 do TRLCSP, e na Lei 3/2004, do 29 de decembro, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais, no que lle sexa de aplicación. Estas obrigas, que se incluírán nos anuncios de licitación e nos correspondentes pregos de condicións ou nos contratos, considéranse condicións esenciais de execución, cuxo incumprimento, ademais das consecuencias previstas polo ordenamento xurídico, permitirá a imposición das penalidades que para ese efecto se conteñan nos pregos.

- Modificacións dos contratos e restablecemento do equilibrio financeiro

A Administración poderá modificar por razóns de interese público e se concorren as circunstancias previstas no título V do libro I do TRLCSP, as características do servizo contratado e as tarifas que deben ser aboadas polos usuarios.

Cando as modificacións afecten o réxime financeiro do contrato, a Administración deberá compensar o contratista de maneira que se manteña o equilibrio dos supostos económicos que foron considerados como básicos na adxudicación do contrato.

No caso de que os acordos que dite a Administración respecto ao desenvolvemento do

servizo carezan de transcendencia económica, o contratista non terá dereito a indemnización por razón destes.

A Administración deberá restablecer o equilibrio económico do contrato, en beneficio da parte que corresponda, nos seguintes supostos:

- Cando a Administración modifique, por razóns de interese público e de acordo co establecido no título V do libro I, as características do servizo contratado.
- Cando actuacións da Administración determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato.
- Cando causas de forza maior determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. Para estes efectos, entenderase por causas de forza maior as enumeradas no artigo 231 do TRLCSP.

Nestes supostos, o restablecemento do equilibrio económico do contrato realizarase mediante a adopción das medidas que en cada caso procedan. Estas medidas poderán consistir na modificación das tarifas para aboar polos usuarios, a redución do prazo do contrato e, en xeral, en calquera modificación das cláusulas de contido económico incluídas no contrato. Así mesmo, nos casos previstos nos apartados 4.b) e c), poderá prorrogarse o prazo do contrato por un período que non exceda dun 10 por cento da súa duración inicial, respectando os límites máximos de duración previstos legalmente (artigo 282 do TRLCSP).

- Reversión do servizo

Cando finalice o prazo contractual, o servizo reverterá á Administración, e o contratista deberá entregar as obras e instalacións a que estea obrigado de acordo co contrato e no estado de conservación e funcionamento adecuados.

Durante un período prudencial anterior á reversión, que deberá fixarse no prego, o órgano competente da Administración adoptará as disposicións encamiñadas a que a entrega dos bens se verifique nas condicións convidas (artigo 283 do TRLCSP).

- *Resolución do contrato*

Son causas de resolución do contrato de xestión de servizos públicos, ademais das sinaladas no artigo 223 do TRLCSP, coa excepción das contempladas nas súas letras d) e e), as seguintes:

- A demora superior a seis meses por parte da Administración na entrega ao contratista da contraprestación ou dos medios auxiliares a que se obrigou segundo o contrato.
- O rescate do servizo pola Administración.
- A supresión do servizo por razóns de interese público.
- A imposibilidade da explotación do servizo como consecuencia de acordos adoptados pola Administración con posterioridade ao contrato (artigo 286).

Nos supostos de resolución, a Administración aboaralle, en todo caso, ao contratista o prezo das obras e instalacións que, executadas por este, deban pasar a propiedade daquela, tendo en conta o seu estado e o tempo que reste para a reversión (artigo 288 do TRLCSP).

TEMA 27

AS SUBVENCIONS PÚBLICAS: RÉXIME XURÍDICO DAS SUBVENCIONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA.

TEMA 27. AS SUBVENCIONS PÚBLICAS: RÉXIME XURÍDICO DAS SUBVENCIONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA.

AS SUBVENCIONS PÚBLICAS: RÉXIME XURÍDICO DAS SUBVENCIONS NA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA

1. Concepto e natureza xurídica da subvención:

A subvención é definida por SANTAMARÍA PASTOR como “a doazón pecuniaria de carácter modal destinada a promover fins ou actividades de interese público”. Os catro elementos deste concepto recóllense na Lei estatal 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións, e na Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia (LSG). Esta última define a subvención, no artigo 2, como “toda disposición pecuniaria realizada pola Administración da Comunidade Autónoma, ou por unha entidade vinculada ou dependente dela, a favor de persoas públicas ou privadas, e que cumpra os seguintes requisitos:

- a) Que a entrega se realice *sen contraprestación directa dos beneficiarios*.
- b) Que a entrega *esteja suxeita ao cumprimento dun determinado obxectivo, á execución dun proxecto, á realización dunha actividade, á adopción dun comportamento singular, xa realizados ou por desenvolver, ou á concorrencia dunha situación, e o beneficiario debe cumprir as obrigas materiais e formais que se establecesen*.
- c) Que o proxecto, a *acción, a conduta ou a situación financiada teña por obxecto o fomento dunha actividade de utilidade pública ou interese social ou a promoción dunha finalidade pública*”.

As expresións salientadas en cursiva fan referencia aos catro elementos do concepto exposto: a referencia á doazón reflíctese na expresión “sen contraprestación directa dos beneficiarios”; o cualificativo “pecuniaria” que acompaña a expresión “doazón” permite excluír outro tipo de vantaxes ou prestacións non pecuniarias; o carácter “modal” dedúcese da idea de que a entrega pecuniaria está suxeita ao cumprimento dun determinado obxectivo, á execución dun proxecto, á realización dunha actividade, á adopción dun comportamento singular, xa realizados ou por desenvolver, ou á concorrencia dunha situación, e o beneficiario debe cumprir as obrigas materiais e formais que se establecesen; finalmente, a natureza “finalista” indica que a acción, a conduta ou a

situación financiada teña por obxecto o fomento dunha actividade de utilidade pública ou interese social ou a promoción dunha finalidade pública.

A subvención é unha modalidade de axuda pública, que é un concepto máis amplo que aquel, ao comprender outro tipo de incentivacións. De feito, a propia LSG declara non incluídas no concepto de subvencións:

1º) As prestacións previstas no artigo 2.4 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións, destinadas a persoas físicas, e as prestacións autonómicas de natureza similar a estas ou de carácter asistencial.

Este artigo 2.4 exclúe do concepto de subvención os seguintes supostos: as prestacións contributivas e non contributivas do sistema da Seguridade Social; as pensións asistenciais por ancianidade a favor dos españois non residentes en España; as prestacións asistenciais e os subsidios económicos a favor de españois non residentes en España, así como as prestacións a favor dos afectados polo virus de inmunodeficiencia humana e dos minusválidos; as prestacións a favor dos afectados pola síndrome tóxica e as axudas sociais ás persoas con hemofilia ou outras coagulopatías conxénitas que desenvolvesen a hepatitis C, reguladas na Lei 14/2002, do 5 de xuño; as prestacións derivadas do sistema de clases pasivas do Estado, pensións de guerra e outras pensións e prestacións por razón de actos de terrorismo; as prestacións recoñecidas polo Fondo de Garantía Salarial; os beneficios fiscais e os beneficios na cotización á Seguridade Social; e o crédito oficial, salvo nos supostos en que a Administración pública lle subvencione ao prestameiro a totalidade ou parte dos intereses ou outras contraprestacións da operación de crédito.

2º) Os beneficios fiscais a favor dos usuarios de bens e de servizos públicos aplicables nos prezos correspondentes.

3º) As achegas pecuniarias a favor doutras administracións e a favor dos organismos e das entidades dependentes da Administración da Comunidade Autónoma sometidos ao ordenamento autonómico, destinadas a financiar global ou parcialmente a súa actividade con carácter indiferenciado.

4º) As achegas pecuniarias a favor doutras administracións públicas ou das súas entidades dependentes, establecidas mediante norma legal ou regulamentaria e destinadas a

financiar actividades da súa competencia ou impostas por unha norma emanada da Administración outorgante.

En calquera caso, o esencial non é o *nomen iuris*, senón a verdadeira natureza do acto. Tal é o sentido do parágrafo 3 do artigo 2 da LSG cando dispón que “serán aplicables os preceptos desta lei aos actos ou negocios xurídicos que de acordo coa súa verdadeira natureza impliquen a concesión de subvencións de acordo co disposto no ordinal primeiro deste artigo, con independencia da forma ou denominación que lle deron as partes”.

A natureza xurídica da subvención suscitou disquisicións doutrinais diversas, que van desde a concepción contractual á unilateral. No primeiro caso, enténdese que a relación bilateral existente entre a Administración e o beneficiario é un verdadeiro contrato de natureza administrativa; no segundo, considérase que a subvención é unha manifestación da actuación unilateral da Administración, que neste caso se caracteriza por ser un acto “necesitado de aceptación”.

Calquera que sexa a súa natureza xurídica, a doutrina especializada recoñece nesta figura tres características comúns e presentes en toda relación subvencional:

1º) Necesidade de cobertura orzamentaria. Esta exixencia recóllese na LSG, que dispón no artigo 6.4, entre os “requisitos para o outorgamento das subvencións”, “A existencia de crédito adecuado e suficiente para atender as obrigas de contido económico que derivan da concesión da subvención” (letra b).

2º) Carácter non lucrativo da subvención. Como regra xeral, establécese que o importe total da subvención non pode superar o custo da actividade que vai desenvolver o beneficiario.

3º) A subvención non pode afectar o mercado. Neste sentido, o artigo 87 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea declaraba incompatibles co mercado común, na medida en que afecten os intercambios comerciais entre os Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou ameacen con falsear a competencia, favorecendo determinadas empresas ou producións.

2. Partes da relación subvencional:

- *A Administración:*

En canto ao ámbito de aplicación da lei, o seu artigo 3 sinala que *"A lei é de aplicación ás subvencións establecidas ou xestionadas por:*

a) A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia.

b) Os organismos autónomos e entidades de dereito público do artigo 12. 1.b) do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia (débase ter en conta, a este respecto, a Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia, que derroga o artigo 12 do Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia).

c) As entidades locais de Galicia, incluídos os organismos e entes dependentes delas.

2. Serán aplicables os principios de xestión contidos no artigo 5.2 desta lei e os de información a que fai referencia o artigo 16 ás achegas pecuniarias sen contraprestación que realicen os demais entes vinculados ou dependentes da Xunta de Galicia e das entidades locais galegas. En todo caso, as achegas gratuítas terán relación directa co obxecto da actividade contido na norma de creación ou nos seus estatutos. A concesión destas achegas deberá axustarse ás normas de procedementos elaboradas polas entidades en aplicación dos citados principios.

3. As subvencións establecidas pola Unión Europea, o Estado ou outro ente público, cuxa xestión corresponda, total ou parcialmente, á Administración da Comunidade Autónoma, así como o financiamento complementario das ditas subvencións que poida outorgar esta Administración, rexeranse polo réxime xurídico do ente que as estableza, sen prexuízo da aplicación das normas de organización e procedemento propios da Administración da Comunidade Autónoma. En calquera caso, esta lei aplicarase con carácter supletorio respecto da normativa reguladora das subvencións financiadas pola Unión Europea."

No referente aos órganos competentes para o outorgamento das subvencións, o artigo 7 da LSG dispón as seguintes regras:

- “1. Os conselleiros, presidentes ou directores dos organismos autónomos e os órganos reitores dos demais entes, de acordo coas súas leis de creación ou normativa específica dentro do seu ámbito de competencia, serán competentes para conceder subvencións.
2. Non obstante, requirirá autorización do Consello da Xunta a concesión de subvencións que superen a contía de 3.000.000 de euros por beneficiario. A autorización non implicará a aprobación do gasto, que corresponderá en todo caso ao órgano competente para a concesión da subvención.
3. As facultades dos órganos competentes para a concesión de subvencións poderán ser desconcentradas ou delegadas nos termos fixados nas normas sobre a atribución e o exercicio de competencias.
4. A competencia para conceder subvencións nas entidades locais corresponde aos órganos que a teñan atribuída na súa normativa específica”.

Segundo o establecido na lexislación estatal, a LSG dispón a posibilidade dun sistema de xestión indirecta das subvencións, que permite que a entrega e distribución dos fondos públicos se efectúe a través dunha entidade colaboradora. Segundo o artigo 9 da LSG:

“1. Será entidade colaboradora aquela que, actuando en nome e por conta do órgano concedente para todos os efectos relacionados coa subvención, lles entregue e distribúa os fondos públicos aos beneficiarios cando así se estableza nas bases reguladoras, ou colabore na xestión da subvención sen que se produza a entrega e distribución previas dos fondos recibidos. Estes fondos en ningún caso se considerarán integrantes do seu patrimonio.

Igualmente terán esta condición os que, sendo denominados beneficiarios conforme a normativa comunitaria, teñan encomendadas, exclusivamente, as funcións enumeradas no parágrafo anterior.

2. Poderán ser consideradas entidades colaboradoras os organismos e demais entes públicos, as sociedades mercantís participadas íntegra ou maioritariamente polas administracións públicas, organismos ou entes de dereito público e as asociacións a que se refire a disposición adicional quinta da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora

das bases do réxime local, así como as demais persoas xurídicas públicas ou privadas que reúnan as condicións de solvencia e eficacia que se establezan.

3. A Administración xeral do Estado, outras comunidades autónomas e as corporacións locais poderán actuar como entidades colaboradoras das subvencións concedidas pola Comunidade Autónoma de Galicia ou os seus organismos públicos e demais entes que teñan que axustar a súa actividade ao dereito público. De igual forma, e nos mesmos termos, a Comunidade Autónoma e os seus organismos públicos poderán actuar como entidades colaboradoras respecto das subvencións concedidas pola Administración xeral do Estado, outras comunidades autónomas e as corporacións locais”.

O artigo 10 da LSG establece os requisitos para obter a condición de entidade colaboradora e as correspondentes prohibicións:

- Poderán obter a condición de beneficiario ou entidade colaboradora as persoas ou entidades que se encontren na situación que fundamenta a concesión da subvención ou nas cales concorran as circunstancias previstas nas bases reguladoras e na convocatoria.
- Non poderán obter a condición de beneficiario ou entidade colaboradora das subvencións reguladas nesta lei as persoas ou entidades nas cales concorra algunha das circunstancias seguintes, salvo que pola natureza da subvención se exceptúe pola súa normativa reguladora:
 - Ser condenadas mediante sentenza firme á pena de perda da posibilidade de obter subvencións ou axudas públicas.
 - Solicitar a declaración de concurso, ser declarados insolventes en calquera procedemento, acharse declarados en concurso, salvo que neste adquirise a eficacia un convenio, estar suxeitos a intervención xudicial ou ser inhabilitados conforme a Lei concursal, sen que conclúa o período de inhabilitación fixado na sentenza de cualificación do concurso.
 - Dar lugar, por causa da cal fosen declarados culpables, á resolución firme de calquera contrato suscrito coa Administración.
 - Estar incurso a persoa física, os administradores das sociedades mercantís ou aqueles

que exerzan a representación legal doutras persoas xurídicas nalgún dos supostos de incompatibilidades que estableza a normativa vixente.

- Non estar ao día no cumprimento das obrigas tributarias ou fronte á Seguridade Social ou ter pendente de pagamento algunha outra débeda coa Administración pública da Comunidade Autónoma nos termos que regulamentariamente se determinen.

- Ter a residencia fiscal nun país ou territorio cualificado regulamentariamente como paraíso fiscal.

g) Non estar ao día no pagamento de obrigas por reintegro de subvencións nos termos que regulamentariamente se determine.

h) Ter sido sancionado mediante resolución firme coa perda da posibilidade de obter subvencións segundo esta lei ou a Lei xeral tributaria.

En ningún caso poderán obter a condición de entidade colaboradora das subvencións reguladas nesta lei as asociacións incursas nas causas de prohibición previstas nos números 5 e 6 do artigo 4 da Lei orgánica 1/2002, do 22 de marzo, reguladora do dereito de asociación.

Tampouco poderán obter a condición de entidade colaboradora as asociacións respecto das cales se suspendeu o procedemento administrativo de inscrición por atoparse indicios racionais de ilicitude penal, en aplicación do disposto no artigo 30.4 da Lei orgánica 1/2002, mentres non recaia resolución xudicial firme en virtude da cal se poida practicar a inscrición no correspondente rexistro.

Conforme o establecido no artigo 12 da LSG, son obrigas das entidades colaboradoras:

a) Entregarlles aos beneficiarios os fondos recibidos de acordo cos criterios establecidos nas bases reguladoras da subvención e no convenio subscrito coa entidade concedente.

b) Comprobar, se é o caso, o cumprimento e a efectividade das condicións ou dos requisitos determinantes para o seu outorgamento, así como a realización da actividade e o cumprimento da finalidade que determinen a concesión ou o disfrute da subvención.

c) Xustificar a entrega dos fondos percibidos ante o órgano concedente da subvención e, se é o caso, entregar a xustificación presentada polos beneficiarios.

d) Someterse ás actuacións de comprobación que respecto da xestión dos ditos fondos poida efectuar o órgano concedente, así como calquera outra de comprobación e control financeiro que poidan realizar os órganos de control competentes, tanto estatais como comunitarios, para o cal se achegará tanta información sexa requirida no exercicio das actuacións anteriores.

Entre a Administración e as entidades colaboradoras formalizarase un convenio de colaboración en que se regularán as condicións e obrigas asumidas por esta (artigo 13.2 da LSG). Cando as entidades colaboradoras sexan persoas suxeitas a dereito privado, seleccionaranse previamente mediante un procedemento sometido aos principios de publicidade, concorrência, igualdade e non discriminación, e a colaboración formalizarase mediante convenio, salvo que polo obxecto da colaboración resulte de aplicación plena a Lei de contratos do sector público (artigo 13.4 da LSG). Os convenios terán o contido mínimo recollido no artigo 13.2 da LSG.

B. Beneficiario:

Segundo o artigo 8 da LSG, terá a consideración de beneficiario de subvencións a persoa que deba realizar a actividade que fundamentou o seu outorgamento ou que se encontre na situación que lexítima a súa concesión.

Cando o beneficiario sexa unha persoa xurídica, e sempre que así se prevexa nas bases reguladoras, os membros asociados do beneficiario que se comprometan a efectuar a totalidade ou parte das actividades que fundamentan a concesión da subvención en nome e por conta do primeiro terán igual a consideración de beneficiarios.

Cando se prevexa expresamente nas bases reguladoras, poderán acceder á condición de beneficiario as agrupacións de persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas, as comunidades de bens ou calquera outro tipo de unidade económica ou patrimonio separado que, mesmo carecendo de personalidade xurídica, poidan levar a cabo os proxectos, as actividades ou os comportamentos ou se encontren na situación que motiva a concesión da subvención.

Cando se trate de agrupacións de persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas sen personalidade, deberanse facer constar expresamente, tanto na solicitude coma na

resolución de concesión, os compromisos de execución asumidos por cada membro da agrupación, así como o importe de subvención que se vai aplicar por cada un deles, que terán igual a consideración de beneficiarios. En calquera caso, deberá nomearse un representante ou apoderado único da agrupación, con poderes suficientes para cumprir as obrigas que, como beneficiario, lle corresponden á agrupación.

O artigo 11 da LSG recolle as obrigas dos beneficiarios:

- a) Cumprir o obxectivo, executar o proxecto, realizar a actividade ou adoptar o comportamento que fundamenta a concesión das subvencións.
- b) Xustificar ante o órgano concedente ou ante a entidade colaboradora, se é o caso, o cumprimento dos requisitos e das condicións, así como a realización da actividade e o cumprimento da finalidade que determinen a concesión ou desfrute da subvención.
- c) Someterse ás actuacións de comprobación, que efectuará o órgano concedente ou a entidade colaboradora, se é o caso, así como a calquera outra actuación, sexa de comprobación e control financeiro, que poidan realizar os órganos de control competentes, tanto autonómicos como estatais ou comunitarios, para o cal se achegará canta información lle sexa requirida no exercicio das actuacións anteriores.
- d) Comunicarlle ao órgano concedente ou á entidade colaboradora a obtención doutras subvencións, axudas, ingresos ou recursos que financien as actividades subvencionadas, así como a modificación das circunstancias que fundamentaron a concesión da subvención. Esta comunicación deberase efectuar no momento en que se coñeza e, en todo caso, con anterioridade á xustificación da aplicación dada aos fondos percibidos.
- e) Acreditar, con anterioridade a que se dite a proposta de resolución de concesión, que está ao día no cumprimento das súas obrigas tributarias e fronte á Seguridade Social e que non ten pendente de pagamento ningunha outra débeda coa Administración pública da Comunidade Autónoma, na forma que se determine regulamentariamente, e sen prexuízo do establecido na disposición adicional décimo oitava da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.
- f) Dispoñer dos libros contables, rexistros dilixenciados e demais documentos debidamente

auditados nos termos exixidos pola lexislación mercantil e sectorial aplicable ao beneficiario en cada caso, así como cantos estados contables e rexistros específicos sexan exixidos polas bases reguladoras das subvencións, coa finalidade de garantir o adecuado exercicio das facultades de comprobación e control.

g) Conservar os documentos xustificativos da aplicación dos fondos recibidos, incluídos os documentos electrónicos, en canto poidan ser obxecto das actuacións de comprobación e control.

h) Adoptar as medidas de difusión contidas no número 3 do artigo 15 desta lei.

i) Proceder ao reintegro dos fondos percibidos nos supostos previstos no artigo 33 desta lei.

Son aplicables aos beneficiarios as prohibicións establecidas para as entidades colaboradoras no artigo 10 da LSG.

3. Principios do sistema de subvención:

De acordo co disposto no parágrafo 2 do artigo 5, a xestión das subvencións realizarase de acordo cos seguintes principios:

- a) Publicidade, transparencia, concorrencia, obxectividade, igualdade e non discriminación.
- b) Eficacia no cumprimento dos obxectivos fixados pola Administración outorgante.
- c) Eficiencia na asignación e utilización dos recursos públicos.

4. Establecemento da subvención:

A LSG regula un procedemento formalizado e rigoroso mediante o cal se trata de asegurar que a propia creación da subvención, mesmo antes do seu outorgamento, se someta a pautas e criterios de racionalidade política, xurídica e financeira (SANTAMARÍA PASTOR). O procedemento integra para estes fins tres trámites:

- a) Aprobación dun plan estratéxico: os órganos da Administración que propoñan o establecemento de subvencións, con carácter previo, deberán concretar nun plan estratéxico de subvencións os obxectivos e efectos que se pretenden coa súa aplicación, o prazo necesario para a súa consecución, os custos previsibles e as súas fontes de financiamento, e supeditaranse, en todo caso, ao cumprimento dos obxectivos de

estabilidade orzamentaria (artigo 5.1 da LSG).

b) Comunicación previa do proxecto de creación á Comunidade Europea: naqueles casos en que se deban comunicar os proxectos para o establecemento, a concesión ou a modificación dunha subvención deberán notificárselle á Comisión Europea de acordo co disposto no artigo 10 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, nos termos que se establezan regulamentariamente (artigo 6.1).

c) Aprobación e publicación das bases reguladoras de cada tipo de subvención: con carácter previo ao outorgamento das subvencións, deberán aprobarse as bases reguladoras de concesión nos termos establecidos nesta lei. As bases reguladoras de cada tipo de subvención publicaranse no *Diario Oficial de Galicia* e na páxina web do órgano concedente (artigo 6.2 e 3).

O contido mínimo destas bases vén predeterminado no artigo 14 da LSG:

a) Definición precisa do obxecto da subvención.

b) Requisitos que deberán reunir os beneficiarios para a obtención da subvención e, se é o caso, dos membros das entidades previstas no número 2 e no segundo parágrafo do número 3 do artigo 8, prazo e forma de acreditarlos e prazo e forma en que se deben presentar as solicitudes.

c) Criterios obxectivos de adxudicación da subvención e, se é o caso, ponderación deles.

d) Contía individualizada da subvención ou criterios para a súa determinación.

e) Procedemento de concesión da subvención.

f) Órganos competentes para a ordenación, instrución e resolución do procedemento de concesión e prazo en que será notificada a resolución.

g) Composición, se é o caso, do órgano colexiado avaliador previsto no artigo 21 desta lei.

h) Prazo e forma de xustificación por parte do beneficiario do cumprimento da finalidade para a cal se concedeu a subvención ou a axuda pública e da aplicación dos fondos percibidos.

i) No suposto de prever a posibilidade de realizar aboamentos á conta e anticipados,

prazos, modo de pagamento e réxime particular de garantías que, se é o caso, deban achegar os beneficiarios, así como aquelas outras medidas de garantía a favor dos intereses públicos que se poidan considerar precisas.

j) Obriga do reintegro, total ou parcial, da subvención ou da axuda pública percibida no suposto de incumprimento das condicións establecidas para a súa concesión.

k) Obriga do beneficiario de facilitar toda a información que lle sexa requirida pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, polo Tribunal de Contas e polo Consello de Contas no exercicio das súas funcións de fiscalización e control do destino das subvencións.

l) Se é o caso, condicións de solvencia e eficacia que teñan que reunir as entidades colaboradoras.

m) Circunstancias que, como consecuencia da alteración das condicións tidas en conta para a concesión da subvención, poderán dar lugar á modificación da resolución.

n) Criterios de gradación dos posibles incumprimentos de condicións impostas con motivo da concesión das subvencións. Estes criterios resultarán aplicables para determinar a cantidade que finalmente teña que percibir o beneficiario ou, se é o caso, o importe que ten que reintegrar, e deberán responder ao principio de proporcionalidade.

ñ) Información aos interesados da existencia do Rexistro Público de Subvencións e dos aspectos previstos no artigo 5 da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. Así mesmo, deberán prever a posibilidade de que os interesados fagan constar o seu dereito a que non se fagan públicos os seus datos cando concorra algunha das causas previstas na letra d) do número 2 do artigo 15 desta lei.

o) Expresión dos recursos que procedan contra a resolución da concesión, con indicación do órgano administrativo ou xudicial ante o cal se teñan que presentar, prazo para interpoñelos e demais requisitos exixidos pola normativa xeral aplicable.

p) Compatibilidade ou incompatibilidade con outras subvencións ou axudas para a mesma finalidade, procedentes de calquera outra Administración ou de entes públicos ou privados, nacionais, da Unión Europea ou de organismos internacionais.

As bases reguladoras tamén deberán prever o uso e a aplicación de medios telemáticos

nos procedementos de concesión e xustificación das axudas e subvencións e de presentación e resolución de recursos sobre elas. Nestes supostos deberán indicar os trámites que poden ser cumpridos por esta vía e os medios electrónicos e sistemas de comunicación utilizables, que se deberán axustar ás especificacións establecidas pola consellería competente en materia de economía e facenda.

5. Procedementos de concesión da subvención:

a) Procedemento en réxime de concorrència competitiva:

O artigo 19 da LSG dispón que o *procedemento ordinario* de concesión de subvencións se tramitará en réxime de concorrència competitiva, que se define como o procedemento mediante o cal a concesión das subvencións se realiza a través da comparación das solicitudes presentadas, co fin de establecer unha prelación entre estas de acordo cos criterios de valoración previamente fixados nas bases reguladoras e na convocatoria e adxudicar, co límite fixado na convocatoria dentro do crédito dispoñible, aquelas que obtivesen maior valoración en aplicación dos citados criterios.

As bases reguladoras poderán exceptuar do requisito de fixar unha orde de prelación entre as solicitudes presentadas que reúnan os requisitos establecidos cando, polo obxecto e a finalidade da subvención, non sexa necesario realizar a comparación e prelación das solicitudes presentadas nun único procedemento ata o esgotamento do crédito orzamentario.

Excepcionalmente, sempre que así se prevexa nas bases reguladoras, o órgano competente procederá ao rateo, entre os beneficiarios da subvención, do importe global máximo destinado ás subvencións.

A tramitación do procedemento de concesión en réxime de concorrència competitiva recóllese nos artigos 20 a 24.

b) Adxudicación directa:

Xunto ao procedemento xeral, a propia LSG regula os casos en que as subvencións poden ser concedidas de forma directa (artigo 19.4):

a) As subvencións previstas nominativamente nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma nos termos recollidos nos convenios e na normativa reguladora destas

subvencións.

- b) Aquelas cuxo outorgamento ou contía lles veñan impostos á Administración por unha norma de rango legal, que seguirán o procedemento de concesión que lles resulte aplicable de acordo coa súa propia normativa.
- c) Con carácter excepcional, aqueloutras subvencións en que se acrediten razóns de interese público, social, económico ou humanitario, ou outras debidamente xustificadas que dificulten a súa convocatoria pública.

6. Publicidade:

A teor do artigo 15 da LSG, os órganos administrativos concedentes publicarán no *Diario Oficial de Galicia* as subvencións concedidas con expresión da convocatoria, o programa e o crédito orzamentario a que se imputen, o beneficiario, a cantidade concedida e a finalidade ou finalidades da subvención. Igualmente, farano na correspondente páxina web oficial nos termos previstos no artigo 13.4 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega.

Non será necesaria a publicación nos seguintes supostos:

- a) Cando as subvencións públicas teñan asignación nominativa nos orzamentos.
- b) Cando o seu outorgamento e a súa contía, a favor de beneficiario concreto, resulten impostos en virtude de norma de rango legal.
- c) Cando os importes das subvencións concedidas, individualmente consideradas, sexan de contía inferior a 3.000 euros. Neste suposto, as bases reguladoras deberán prever a utilización doutros procedementos que, de acordo coas súas especiais características, contía e número, aseguren a publicidade dos seus beneficiarios e deberán, en todo caso, publicarse na páxina web oficial do órgano administrativo concedente nos termos establecidos na Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e boas prácticas na Administración pública galega.
- d) Cando a publicación dos datos do beneficiario en razón do obxecto da subvención poida ser contraria ao respecto e salvagarda da honra e á intimidade persoal e familiar das persoas físicas en virtude do establecido na Lei orgánica 1/1982, do 5 de maio, de protección civil do dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, e sexa

previsto na súa normativa reguladora.

Os beneficiarios deberán dar a adecuada publicidade do carácter público do financiamento de programas, actividades, investimentos ou actuacións de calquera tipo que sexan obxecto de subvención.

7. Xustificación das subvencións:

O artigo 28 da LSG exige a xustificación do cumprimento das condicións impostas e da consecución dos obxectivos previstos no acto de concesión da subvención. A xustificación pode revestir a forma de conta xustificativa do gasto realizado ou pode acreditarse o dito gasto por módulos ou mediante a presentación de estados contables, segundo se dispoña na normativa reguladora.

O rendemento da conta xustificativa constitúe un acto obrigatorio do beneficiario ou da entidade colaboradora, na cal se deben incluír, baixo responsabilidade do declarante, os xustificantes de gasto ou calquera outro documento con validez xurídica que permitan acreditar o cumprimento do obxecto da subvención pública. A forma da conta xustificativa e o seu prazo de rendemento virán determinados polas correspondentes bases reguladoras das subvencións públicas.

Na falta de previsión das bases reguladoras, a conta deberá incluír declaración das actividades realizadas que foron financiadas coa subvención e o seu custo, co detalle de cada un dos gastos en que se incorreu, e a súa presentación realizarase, como máximo, no prazo de tres meses desde a finalización do prazo para a realización da actividade (número 2 do artigo 28).

Os gastos acreditaranse mediante facturas e demais documentos de valor probatorio equivalente con validez no tráfico xurídico mercantil ou con eficacia administrativa. A acreditación dos gastos tamén se poderá efectuar mediante facturas electrónicas, sempre que cumpran os requisitos exixidos para a súa aceptación no ámbito tributario (número 3 do artigo 28).

Cando o beneficiario estea suxeito ao réxime de contabilidade empresarial, constituirá un medio de xustificación a presentación das contas do exercicio onde se reflectan as operacións relacionadas coa subvención concedida, elaboradas segundo normas de

contabilidade recollidas nas disposicións aplicables (número 4 do artigo 28).

Nas subvencións concedidas a outras administracións públicas ou entidades vinculadas ou dependentes daquelas e ás universidades, a xustificación poderá consistir na certificación da intervención ou do órgano que teña atribuídas as facultades de control da toma de razón en contabilidade e do cumprimento da finalidade para a cal foi concedida. Non obstante, para aquelas axudas e subvencións que se concedan con cargo a créditos financiados con recursos procedentes da Unión Europea, a xustificación dos gastos efectuarase con facturas ou documentos contables de valor probatorio equivalente, e a do pagamento, cos xustificantes das transferencias bancarias ou documentos acreditativos dos pagamentos realizados, de acordo coa normativa aplicable aos fondos europeos. Todo isto sen prexuízo da admisibilidade da xustificación mediante fórmulas de custos simplificados nos supostos admitidos pola dita normativa (número 5 do artigo 28).

Cando as actividades fosen financiadas, ademais de coa subvención, con fondos propios ou con outras subvencións ou recursos, deberase acreditar na xustificación o importe, a procedencia e a aplicación de tales fondos ás actividades subvencionadas (número 6 do artigo 28).

No suposto de adquisición de bens inmobles, debe achegarse, ademais, un certificado de taxador independente debidamente acreditado e inscrito no correspondente rexistro oficial (número 7 do artigo 28).

Os membros das persoas xurídicas beneficiarias da subvención e das agrupacións de persoas físicas e xurídicas sen personalidade estarán obrigados a cumprir os requisitos de xustificación respecto das actividades realizadas en nome e por conta do beneficiario. Esta documentación formará parte da xustificación que vén obrigado a render o beneficiario que solicitou a subvención (número 8 do artigo 28).

As subvencións que se concedan en atención á concorrencia dunha determinada situación no perceptor non requirirán outra xustificación que a acreditación por calquera medio admisible en dereito da dita situación previamente á concesión, sen prexuízo dos controis que se puidesen ter establecido para verificar a súa existencia (número 9 do artigo 28).

O incumprimento da obriga de xustificación da subvención nos termos establecidos neste

capítulo ou a súa xustificación insuficiente comportará o reintegro (número 10 do artigo 28), ao cal se fará referencia máis adiante.

8. Gastos subvencionables:

O artigo 29 da LSG dedica os seus diversos puntos a regular os gastos subvencionables, é dicir, “aqueles que de maneira indubidable respondan á natureza da actividade subvencionada e se realicen no prazo establecido polas diferentes bases reguladoras das subvencións”:

1º. En ningún caso o custo de adquisición dos gastos subvencionables poderá ser superior ao valor de mercado.

2º. Salvo disposición expresa en contrario nas bases reguladoras das subvencións, considerarase gasto realizado o que foi efectivamente pagado con anterioridade á finalización do período de xustificación determinado pola normativa reguladora da subvención.

3º. Cando o importe do gasto subvencionable supere as contías establecidas no texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, para o contrato menor, o beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes provedores, con carácter previo á contratación do compromiso para a obra, prestación do servizo ou entrega do ben, salvo que polas súas especiais características non exista no mercado suficiente número de entidades que as realicen, presten ou subministren, ou salvo que o gasto se realizase con anterioridade á solicitude da subvención.

4º. No suposto de adquisición, construción, rehabilitación e avance de bens inventariables seguiranse as seguintes regras:

a) As bases reguladoras fixarán o período durante o cal a persoa beneficiaria deberá destinar os bens ao fin concreto para o cal se concedeu a subvención, que non poderá ser inferior a cinco anos en caso de bens inscristibles nun rexistro público, nin a dous anos para o resto de bens. No caso de bens inscristibles nun rexistro público, deberá facerse constar na escritura esta circunstancia, así como o importe da subvención concedida, e estas cuestións deberán ser obxecto de inscrición no rexistro público correspondente.

b) O incumprimento da obriga de destino referido na letra anterior, que se producirá en todo caso co alleamento ou o gravame do ben, será causa de reintegro, e o ben quedará o ben afecto ao pagamento do reintegro calquera que sexa o seu posuidor, salvo que resulte ser un terceiro protexido pola fe pública rexistral ou se xustifique a adquisición dos bens con boa fe e xusto título ou en establecemento mercantil ou industrial, en caso de bens mobles non inscrites.

5º. Non se considerará incumplida a obriga de destino cando:

a) Tratándose de bens non inscrites nun rexistro público, fosen substituídos por outros que sirvan en condicións análogas ao fin para o cal se concedeu a subvención e este uso se manteña ata completar o período establecido, sempre que a substitución fose autorizada pola Administración concedente.

b) Tratándose de bens inscrites nun rexistro público, o cambio de destino, alleamento ou gravame sexa autorizado pola Administración concedente. Neste suposto, o adquirente asumirá a obriga de destino dos bens polo período restante e, no suposto de incumprimento desta, do reintegro da subvención.

6º. As bases reguladoras das subvencións establecerán, se é o caso, as regras especiais que se consideren oportunas en materia de amortización dos bens inventariables. Non obstante, o carácter subvencionable do gasto de amortización estará suxeito ás seguintes condicións:

a) Que as subvencións non contribúisen á compra dos bens.

b) Que a amortización se calcule de conformidade coas normas de contabilidade xeralmente aceptadas.

c) Que o custo se refira exclusivamente ao período subvencionable.

7º. Os gastos financeiros, os gastos de asesoría xurídica ou financeira, os gastos notariais e rexistrais e os gastos periciais para a realización do proxecto subvencionado e os de administración específicos son subvencionables se están directamente relacionados coa actividade subvencionada e son indispensables para a adecuada preparación ou execución desta, e sempre que así se prevexa nas bases reguladoras. Con carácter excepcional, os gastos de garantía bancaria poderán ser subvencionados cando así o prevexa a normativa

reguladora da subvención.

En ningún caso serán gastos subvencionables:

- a) Os xuros debedores das contas bancarias.
- b) Os xuros, recargas e sancións administrativas e penais.
- c) Os gastos de procedementos xudiciais.

8º. Os tributos son gasto subvencionable cando a persoa beneficiaria da subvención os aboa efectivamente. En ningún caso se consideran gastos subvencionables os impostos indirectos cando sexan susceptibles de recuperación ou compensación nin os impostos persoais sobre a renda.

9º. Os custos indirectos formarán parte da xustificación da subvención, sempre que as bases reguladoras así o prevexan, sempre que se fosen imputados polo beneficiario á actividade subvencionada na parte que razoablemente corresponda de acordo con principios e normas de contabilidade xeralmente admitidas e, en todo caso, na medida en que tales custos correspondan ao período en que efectivamente se realiza a actividade.

9. Comprobación de subvencións:

O artigo 30 da LSG dispón que o órgano concedente comprobará a adecuada xustificación da subvención, así como a realización da actividade e o cumprimento da finalidade que determinen a concesión ou desfrute da subvención.

Nas subvencións de capital superiores a 60.000 euros, no seu cómputo individual, destinadas a investimentos en activos tanxibles, será requisito imprescindible a comprobación material do investimento por parte do órgano concedente, e quedará constancia no expediente mediante acta de conformidade asinada, tanto polo representante da Administración como polo beneficiario. A comprobación material poderáselle encomendar a outro órgano distinto daquel que concedeu a subvención.

Excepcionalmente, a comprobación material poderase substituír por unha xustificación documental que constate de forma razoable e suficiente a realización da actividade subvencionada.

A entidade colaboradora, se é o caso, realizará, en nome e por conta do órgano

concedente, as comprobacións previstas.

A Administración concedente poderá comprobar o valor de mercado dos gastos subvencionables por un ou varios dos seguintes medios:

- a) Prezos de mercado.
- b) Cotizacións de mercados nacionais e estranxeiros.
- c) Estimación por referencia aos valores recollidos nos rexistros oficiais de carácter fiscal.
- d) Ditame de peritos da Administración.
- e) Taxación pericial contraditoria.
- f) Calquera outro medio de proba admitido en dereito.

10. Procedemento de reintegro da subvención:

O artigo 32 da LSG sinala que “son causas de nulidade da resolución de concesión:

a) As indicadas no artigo 62.1 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

b) A carencia ou insuficiencia de crédito, de conformidade co establecido no artigo 57 do Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

2. Son causas de anulabilidade da resolución de concesión as demais infraccións do ordenamento xurídico e, en especial, das regras contidas na presente lei, de conformidade co disposto no artigo 63 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

3. Cando o acto de concesión incorra nalgún dos supostos mencionados nos puntos anteriores, o órgano concedente procederá á súa revisión de oficio ou, se é o caso, á declaración de lesividade e ulterior impugnación, de conformidade co establecido nos artigos 102 e 103 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

4. A declaración xudicial ou administrativa de nulidade ou anulación comportará a obriga de devolver as cantidades percibidas.

5. Non procederá a revisión de oficio do acto de concesión cando concorra algunha das causas de reintegro establecidas no artigo seguinte.”

Segundo o artigo 33, “Tamén procederá o reintegro das cantidades percibidas e a exixencia do xuro de demora correspondente desde o momento do pagamento da subvención ata a data en que se acorde a procedencia do reintegro, nos seguintes casos:

- a) Obtención da subvención falseando as condicións requiridas para isto ou ocultando aquelas que o impedisén.
- b) Incumprimento total ou parcial do obxectivo, da actividade ou do proxecto ou non adopción do comportamento que fundamentan a concesión da subvención.
- c) Incumprimento da obriga de xustificación ou xustificación insuficiente, nos termos establecidos no artigo 28 desta lei e, se é o caso, nas normas reguladoras da subvención.
- d) Incumprimento da obriga de adoptar as medidas de difusión contidas no número 3 do artigo 15 desta lei.
- e) Resistencia, escusa, obstrución ou negativa ás actuacións de comprobación e control financeiro previstas nos artigos 11 e 12 desta lei, así como o incumprimento das obrigas contables, rexistrais ou de conservación de documentos cando disto derive a imposibilidade de verificar o emprego dado aos fondos percibidos, o cumprimento do obxectivo, a realidade e regularidade das actividades subvencionadas, ou a concorrencia de subvencións, axudas, ingresos ou recursos para a mesma finalidade, procedentes de calquera Administración ou ente público ou privado, estatal, da Unión Europea ou de organismos internacionais.
- f) Incumprimento das obrigas impostas pola Administración ás entidades colaboradoras e aos beneficiarios, así como dos compromisos asumidos por estes, con motivo da concesión da subvención, sempre que afecten ou se refiran ao modo en que se conseguen os obxectivos, se realiza a actividade, se executa o proxecto ou se adopta o comportamento que fundamenta a concesión da subvención.
- g) Incumprimento das obrigas impostas pola Administración ás entidades colaboradoras e aos beneficiarios, así como dos compromisos asumidos por estes, con motivo da concesión da subvención, distintos dos anteriores, cando diso derive a imposibilidade de verificar o

emprego dado aos fondos percibidos, o cumprimento do obxectivo, a realidade e regularidade das actividades subvencionadas, ou a concorrencia de subvencións, axudas, ingresos ou recursos para a mesma finalidade, procedentes de calquera Administración ou ente público ou privado, estatal, da Unión Europea ou de organismos internacionais.

h) Adopción, en virtude do establecido nos artigos 87 a 89 do Tratado da Unión Europea, dunha decisión da cal derive unha necesidade de reintegro.

- Nos demais supostos recollidos na normativa reguladora da subvención.”

Segundo o artigo 35, “Prescribirá aos catro anos o dereito da Administración a recoñecer ou liquidar o reintegro.

2. Este prazo computarase, en cada caso:

a) Desde o momento en que venceu o prazo para presentar a xustificación por parte do beneficiario ou da entidade colaboradora.

b) Desde o momento da concesión, no suposto previsto no número 9 do artigo 28.

c) No suposto de que se establecesen condicións ou obrigas que deberían ser cumpridas ou mantidas por parte do beneficiario ou entidade colaboradora durante un período determinado de tempo, desde o momento en que venceu o dito prazo.

3. O cómputo do prazo de prescrición interromperase:

a) Por calquera acción da Administración, realizada con coñecemento formal do beneficiario ou da entidade colaboradora, que conduza a determinar a existencia dalgunha das causas de reintegro.

b) Pola interposición de recursos de calquera clase, pola remisión do tanto de culpa á xurisdición penal ou pola presentación de denuncia ante o Ministerio Fiscal, así como polas actuacións realizadas con coñecemento formal do beneficiario ou da entidade colaboradora no curso dos ditos recursos.

c) Por calquera actuación fidedigna do beneficiario ou da entidade colaboradora conducente á liquidación da subvención ou do reintegro”.

As regras de competencia e o procedemento de reintegro regúlanse nos artigos 37 e seguintes da LSG:

Artigo 37. Competencia para a resolución do procedemento de reintegro

O órgano concedente será o competente para exixir do beneficiario ou entidade colaboradora o reintegro de subvencións mediante a resolución do procedemento regulado neste capítulo, cando aprecie a existencia dalgún dos supostos de reintegro de cantidades percibidas establecidos no artigo 33 da presente lei, sen prexuízo das facultades atribuídas a outros órganos para a execución do acordo.

Artigo 38. Procedemento de reintegro

1. O procedemento de reintegro de subvencións rexerase polas disposicións xerais sobre procedementos administrativos contidas no título VI da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, sen prexuízo das especialidades que se establecen na presente lei e nas súas disposicións de desenvolvemento.

2. O procedemento de reintegro de subvencións iniciárase 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. Tamén se iniciará como consecuencia do informe de control financeiro emitido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

3. Na tramitación do procedemento garantírase, en todo caso, o dereito do interesado á audiencia.

4. Cando o procedemento de reintegro se inicie como consecuencia de informe de control financeiro da Intervención Xeral e, como consecuencia do trámite de audiencia, o órgano xestor se vaia separar do ditame do informe de control, antes de ditar a resolución do procedemento formulará discrepancia de acordo co procedemento que se determine regulamentariamente.

5. O prazo máximo para resolver e notificar a resolución do procedemento de reintegro será de doce meses desde a data do acordo da iniciación. O dito prazo poderá suspenderse e ampliarse de acordo co previsto nos números 5 e 6 do artigo 42 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Se transcorre o prazo para resolver sen que se notificase resolución expresa, producírase a caducidade do procedemento, sen prexuízo de continuar as actuacións ata a súa terminación e sen que se considere interrompida a prescrición polas actuacións realizadas ata a finalización do citado prazo.

6. A resolución do procedemento de reintegro porá fin á vía administrativa.

Artigo 39. Retención de pagamentos

1. Unha vez acordada a iniciación do procedemento de reintegro, como medida cautelar, o órgano concedente pode acordar, por iniciativa propia ou dunha decisión da Comisión Europea ou por proposta da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, a suspensión dos libramentos de pagamento das cantidades pendentes de lle aboar ao beneficiario ou entidade colaboradora, sen superar, en ningún caso, o importe que fixen na proposta ou resolución de iniciación do expediente de reintegro, cos xuros de demora devindicados ata aquel momento.

2. A imposición desta medida cautelar debe acordarse por resolución motivada, que se lle debe notificar ao interesado, con indicación dos recursos pertinentes. Así mesmo, comunicáraselle ao órgano competente para a ordenación de pagamentos, que fará efectiva a retención do pagamento ata o importe obxecto de retención.

3. En todo caso, procederá a suspensión se existen indicios racionais que permitan prever a imposibilidade de obter o resarcimento, ou se este se pode ver frustrado ou gravemente dificultado e, en especial, se o perceptor fai actos de ocultación, gravame ou disposición dos seus bens.

4. A retención de pagamentos estará suxeita, en calquera dos supostos anteriores, ao seguinte réxime xurídico:

a) Debe ser proporcional á finalidade que se pretende conseguir e en ningún caso debe adoptarse se pode producir efectos de difícil ou imposible reparación.

b) Debe manterse ata que se dite a resolución que pon fin ao expediente de reintegro, e non pode superar o período máximo que se fixe para a súa tramitación, incluídas prórrogas.

c) Malia o disposto no parágrafo anterior, debe levantarse cando desaparezan as

circunstancias que a orixinaron ou cando o interesado propoña a substitución desta medida cautelar pola constitución dunha garantía que se considere suficiente.

Artigo 40. Compensación de débedas

Nos supostos e cos requisitos que se establezan regulamentariamente, poderán extinguirse total ou parcialmente por compensación as débedas de natureza pública a favor da facenda da Comunidade Autónoma que se encontren en fase de xestión recadatoria, tanto voluntaria como executiva, cos créditos recoñecidos por ela en favor do debedor.

ACTUALIZADO POR **ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 28

**A EXPROPIACIÓN FORZOSA. A SÚA
XUSTIFICACIÓN E NATUREZA. LEGISLACIÓN
VIXENTE: A REPARTICIÓN COMPETENCIAL.
SUJEITOS, OBJETO E CAUSA DE
EXPROPIACIÓN. O PROCEDIMENTO
EXPROPIATORIO XERAL. PARTICULARIDADES
DO PROCEDIMENTO DE URXENCIA. A
REVERSIÓN DO BEN EXPROPIADO. GARANTÍAS
DO EXPROPIADO. O XURADO DE
EXPROPIACIÓN FORZOSA DE GALICIA.**

TEMA 28. A EXPROPIACIÓN FORZOSA. A SÚA XUSTIFICACIÓN E NATUREZA. LEXISLACIÓN VIXENTE: A REPARTICIÓN COMPETENCIAL. SUXEITOS, OBXECTO E CAUSA DA EXPROPIACIÓN. O PROCEDEMENTO EXPROPIATORIO XERAL. PARTICULARIDADES DO PROCEDEMENTO DE URXENCIA. A REVERSIÓN DO BEN EXPROPIADO. GARANTÍAS DO EXPROPIADO. O XURADO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE GALICIA.

A EXPROPIACIÓN FORZOSA

A).- Concepto.

Dunha forma moi xenérica, podemos considerar a expropiación forzosa como unha limitación do dereito de dispor, que integra o dereito de propiedade, que obriga o propietario dunha cousa ou dereito a perdela en beneficio dunha Administración, mediante prezo.

GARRIDO FALLA define a expropiación forzosa como aquela institución de dereito público que consiste na transferencia coactiva dun dereito ou dun interese patrimonial lexítimo dun particular á Administración, por razóns de utilidade pública e interese social, e mediante o pagamento dun prezo xusto ou valor económico. Esta definición contén as súas notas características da institución expropiatoria: 1ª) Que a expropiación é unha transferencia coactiva, o que fai dela unha institución de dereito público, e 2ª) O expropiado ten dereito a recibir unha indemnización equivalente ao valor económico da cousa expropiada.

Na actualidade, como veremos, esta institución aparece regulada pola Lei de expropiación forzosa, do 16 de decembro de 1954, que a define no seu artigo 1 (definición legal) como calquera forma de privación singular da propiedade privada ou de dereitos ou intereses patrimoniais lexítimos, calquera que fosen as persoas ou entidades a que pertenczan, acordada imperativamente, xa implique renda, permuta, cesión, arrendamento, ocupación temporal ou mera cesación do seu exercicio.

B).- Antecedentes.

A expropiación forzosa, tal como hoxe a coñecemos, ten unha orixe moi moderna. Co seu actual carácter de garantía da inviolabilidade do dereito de propiedade non aparece ata a Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán, de onde pasa posteriormente ao Código

napoleónico e, despois, ás modernas leis europeas.

Polo que se refire aos nosos textos constitucionais, a Constitución de Cádiz proclamou que o rei non pode tomar propiedade de ningún particular nin turbalo na posesión e aproveitamento desta. O máis alto teito de protección acádase coa Constitución de 1869, que engadiu ás garantías anteriormente recoñecidas a necesidade de procedemento.

Un cambio importante introdúceo a Constitución republicana de 1931, que consagra o principio *de que toda clase de bens podía ser obxecto de expropiación*.

Por último, a Constitución de 1978 contén varias alusións á institución expropiatoria: 1) O artigo 33 que recolle: "ninguén poderá ser privado dos seus bens e dereitos agás por causa xustificada de utilidade pública ou interese social, mediante a correspondente indemnización e de conformidade co disposto nas leis". 2) A segunda mención é de orde competencial, e recóllese no artigo 149.1.18ª, no que se lle reserva ao Estado a competencia para ditar a "lexislación sobre expropiación forzosa".

A SÚA XUSTIFICACIÓN E NATUREZA

A).- Xustificación.

A consagración que da expropiación forzosa fan os artigos 33 da CE e o artigo 349 do CC mostra unha subordinación dos intereses particulares aos xerais.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, é un poder que se integra dentro do poder xenérico e ordenador do Estado, e a súa xustificación entra dentro da xustificación do poder do Estado en abstracto. Pola súa parte, GARRIDO FALLA considera que a xustificación da institución se atopa, dunha banda, na necesidade que a Administración pode sentir, para satisfacer necesidades públicas, de bens que estean en mans de particulares; doutra, no carácter subordinado e condicionado ao interese público con que se configura o dereito de propiedade.

A expropiación forzosa constitúe unha garantía do dereito de propiedade privada, pois asegúralles unha compensación económica xusta aos particulares que, por razóns de utilidade pública ou interese social, se ven privados dos seus dereitos ou bens de contido patrimonial.

Pola súa parte, a Lei de expropiación forzosa considera que o fundamento da

institución reside na exixencia da subordinación da propiedade privada aos fins ou intereses públicos.

C).- Natureza

A natureza xurídica da EF deu lugar a dous grandes grupos de teorías: as teorías privatistas (de dereito privado) e as teorías iuspublicistas (de dereito público).

a) Desde unha perspectiva privatista:

- Para uns (Código civil, artigo 1456, e xurisprudencia do Tribunal Supremo) é un ALLEAMENTO FORZOSO, por causa de utilidade pública ou interese social.
- Para outros (GARRIDO FALLA) é unha TRANSFERENCIA COACTIVA da propiedade.

b) Desde unha perspectiva publicista:

- Para uns é unha prestación obrigatoria *in natura* (unha prestación de dar ou facer dos particulares a favor da Administración).
- Para ROYO VILANOVA é unha limitación do dominio. LÓPEZ RODÓ considera que é unha modificación obxectiva da propiedade.

GARCÍA DE ENTERRÍA estima que é unha potestade administrativa que ten como características básicas as seguintes:

1. Supón un modo de perda e transmisión da propiedade a outro titular.
2. O expropiado está nunha situación de suxeición ou sometemento
3. O obxecto expropiado substitúese polo seu equivalente económico.
4. Supón un medio ou instrumento de intervención administrativa na propiedade privada para satisfacer o interese xeral (e, polo tanto, é unha limitación da propiedade).

LEXISLACIÓN VIXENTE: REPARTICIÓN COMPETENCIAL

A lexislación xeral ou ordinaria sobre esta materia está constituída pola Lei de expropiación forzosa, do 16 de decembro de 1954, e o seu Regulamento, do 26 de abril de 1957.

Ademais, debemos mencionar a Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenamento da edificación, e a Sentenza do Tribunal Constitucional do 11 de xuño de 1997, que se

pronuncia sobre a inconstitucionalidade sobrevida do artigo 126.2 da Lei de expropiación forzosa.

En canto ás leis especiais reguladoras desta materia, temos de mencionar o seguinte: a disposición derradeira terceira da Lei de expropiación forzosa prevía que, mediante decreto, se fixarán as disposicións anteriores a ela que deberían continuar en vigor, o que se levou a cabo polo Decreto do 23 de decembro de 1955. Non obstante, son moito máis importantes as disposicións posteriores á Lei de expropiación forzosa que incidiron sobre a súa regulación. Entre estas pódense citar:

1º. A Lei de minas, do 21 de xullo de 1973.

2º. A Lei 6/1998, do 13 de abril, de réxime do solo e valoracións, que regula as expropiacións urbanísticas, actualmente derogada pola Lei 8/2007, do 28 de maio, do solo, que entrou en vigor o 1 de xullo, e tamén regula as valoracións do solo e a expropiación por causa urbanística.

3º. A Lei do Patrimonio Histórico Español, do 25 de xuño de 1985.

4º O artigo 24 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das administracións públicas.

Cómpre sinalar, ademais, que algúns estatutos de autonomía de comunidades autónomas, como Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia ou Navarra, solicitaron para elas as correspondentes facultades de desenvolvemento lexislativo e execución desta materia, no marco da lexislación básica do Estado. A este respecto, hai que lembrar, seguindo a GARCÍA DE ENTERRÍA, que o artigo 149.1.18º da actual Constitución lle atribúe ao Estado a lexislación sobre expropiación forzosa, sen matices nin limitacións de ningún tipo, a diferenza do que acontece con outras materias en que se permite un desdoblamento do poder do lexislador, podendo distinguirse entre unha lexislación básica estatal e un desenvolvemento lexislativo desta polas asembleas lexislativas autonómicas.

Se este desdoblamento non é posible respecto da materia da expropiación forzosa, xorde o problema de determinar como se entende esa chamada dos estatutos non a facultades de simple execución, senón a verdadeiras competencias de desenvolvemento lexislativo.

A Sentenza do Tribunal Constitucional do 26 de marzo de 1987, ditada a propósito da lei andaluza de reforma, resolveu a inicial confusión sobre esta cuestión. Sinala a sentenza que a Constitución impuxo unha uniformidade normativa que supón unhas garantías expropiatorias idénticas en todo o territorio e, en consecuencia, o respecto aos criterios e á sistematización de valoración do prezo xusto e o procedemento expropiatorio. Esa é a competencia exclusiva que ao Estado lle reserva o artigo 149.1.18º da Constitución, o cal non impide, continúa a sentenza, que por lei autonómica se poidan establecer os casos ou supostos en que cabe facer uso do instituto expropiatorio, e ao que cómpre engadir, sen dúbida, a competencia autonómica para o desenvolvemento legislativo en relación cos aspectos organizativos.

SUXEITOS, OBXECTO E CAUSA DA EXPROPIACIÓN

1.- Suxeitos.- En toda expropiación aparecen tres suxeitos, que son: o expropiante, o beneficiario e o expropiado.

a) O expropiante ou titular da potestade expropiatoria.- Segundo os **ART. 2.1. LEF** e **ART. 3 REF**, enténdese por expropiante **o titular da potestade expropiatoria**. A LEF resérvalle o exercicio da potestade expropiatoria á Administración pública nas súas diversas esferas territoriais. A expropiación forzosa, di, só poderá ser acordada polo Estado, a provincia e o municipio (art. 2.1). A estes suxeitos débense engadir as comunidades autónomas, como entes de carácter territorial, pois non se pode obviar o feito de que moitas das competencias que a Constitución lles recoñece requiren o exercicio da potestade expropiatoria. E así se fai constar nos seus respectivos estatutos de autonomía e así se deducía dos **ARTS. 12 e 20** da Lei do proceso autonómico (Lei 12/1983, do 14 de outubro de 1983) (STS 6-FB-1985 R. Az. 724). A esta afirmación cómpre facerlle as seguintes precisións:

1.- Só lles corresponde a potestade expropiatoria ás **administracións públicas territoriais** e non aos demais entes públicos (instrumentais, corporativos de base asociativa, empresas públicas), que só poderán ser, como moito, beneficiarios da expropiación.

2.- Os **órganos que deben actuar en concreto** veñen especificados polo **ART. 3 REF**, e son os seguintes:

No caso do **Estado**, correspóndelle ao gobernador civil (hoxe o delegado do Goberno, **ART. 23.7 LOFAXE 14-AB-1997**, aínda que non se contén unha previsión semellante para os subdelegados do Goberno no **ART. 29 LOFAXE**) a representación ordinaria do Estado nos expedientes expropiatorios, agás nos casos en que a lei, este regulamento ou norma especial con rango de decreto establecesen a competencia de autoridade distinta; o **ART. 98 LEF** prevé o exercicio desta facultade nas expropiacións por causa de obras públicas polos enxeñeiros xefes do servizo respectivo. Xunto a estas previsións da LEF e o seu regulamento, existen numerosas normas atributivas de competencia expropiatoria a distintos órganos da Administración xeral do Estado.

No caso das **CCAA**, non existe unha regra xeral, co que hai que observar o que, en cada caso, establezan as súas normas orgánicas; ante a inexistencia dunha autoridade periférica de alcance xeral, esta competencia adoita corresponderlle a cada un dos membros do Consello de Goberno. Na Comunidade Autónoma de Galicia, a Lei 1/1983, da Xunta e o seu presidente, atribúelle a potestade expropiatoria ao conselleiro no ámbito da súa consellaría.

No caso das **entidades locais**, o artigo 3.4 do REF atribúelle esta potestade ao presidente da deputación ou ao alcalde: i) isto enténdese sen prexuízo da competencia do delegado do Goberno no suposto regulado polo **ART. 18 LEF**, que prevé a súa intervención no trámite de necesidade de ocupación para os efectos de publicar a relación de bens e dereitos a expropiar ii) estes principios non serán de aplicación en canto as normas de réxime local ou de urbanismo a que se refire o **ART. 85 LEF** establezan criterios especiais de competencia.

Pero é a lei estatal a que fixa as condicións substantivas e formais a que o exercicio da potestade se debe ater.

b) Beneficiario da expropiación.- Conforme o **ART. 31. REF**, enténdese por beneficiario o **suxeito que representa o interese público ou social para a realización do cal**

está autorizado a instar da Administración expropiante o exercicio da potestade expropiatoria, e que adquire o ben ou dereito expropiados. Con relación a el, hai que sinalar o seguinte:

1.- A posición do beneficiario pode coincidir coa do expropiante cando a Administración expropia para si, pero a figura singularízase e adquire relevo conceptual cando a Administración expropiante actúa en beneficio dun terceiro portador dun interese público ou social e ao que se lle imputa o deber de indemnizar o expropiado.

2.- O **ART. 2 LEF** **determina os que poden ter a condición de beneficiario**; así, poderán ser beneficiarios da expropiación forzosa: i) **por causa de utilidade pública** as entidades e concesionarios aos que se lles recoñeza legalmente esta condición; ii) **por causa de interese social** poderá ser beneficiario, á parte das indicadas, calquera persoa natural ou xurídica na que concorran os requisitos sinalados pola lei especial necesaria para estes efectos. En calquera dos dous casos, **a condición xurídica de beneficiario só virá determinada pola lei**, aínda que esta pode determinar tal condición *ad relationem*, por unha situación concreta que pode ser automática (p. ex. ART. 64.2 LS 1976) ou requirir unha cualificación previa.

3.- En canto á **posición do beneficiario**, cando non concorran no mesmo suxeito as calidades de expropiante e beneficiario, os **ARTS. 4 e 5 REF** delimitan as súas respectivas responsabilidades e facultades:

3.a) Ao **titular da potestade expropiatoria** corresponderalle: i) exercela en favor do beneficiario, por instancia deste (o que revela que o recoñecemento da condición de beneficiario faculta pero non obriga a exercer o beneficio STS 31-OUT-1978); ii) decidir executoriamente en canto á procedencia e extensión das obrigas do beneficiario respecto ao expropiado, e iii) adoptar todas as demais resolucións que impliquen exercicio da dita potestade, sen prexuízo da intervención, facultades e obrigas que ao beneficiario lle atribúe o artigo 4 REF.

3.b) Corresponderalles ás **persoas ou entidades que teñen a condición de beneficiarios** da expropiación forzosa solicitar da respectiva Administración expropiante a iniciación do expediente expropiatorio no seu favor. No curso do expediente terán atribuídas os beneficiarios as seguintes facultades e obrigas (típicas dun interesado):

Como parte no expediente expropiatorio, impulsar o procedemento e informar ao seu arbitrio sobre as incidencias e pronunciamentos deste.

- Formular a relación a que se refire o artigo 17 da lei de necesaria ocupación.
- Convir libremente co expropiado a adquisición amigable a que se refire o artigo 24 da lei.
- Actuar na peza separada de prezo xusto, para os efectos de presentar a folla de aprecio a que se refire o artigo 30 da lei, e de aceptar ou rexeitar a valoración proposta polos propietarios.
- Pagar ou consignar, se é o caso, a cantidade fixada como prezo xusto.
- Aboar as indemnizacións de demora que legalmente procedan por atrasos que lle sexan imputables.
- As obrigas e dereitos derivados da reversión; e
- Os demais dereitos e obrigas establecidos na lei e neste regulamento.

3.c) A lexislación sobre expropiación forzosa tamén puxo en mans do beneficiario as seguintes **garantías**: i) o dereito a impugnar os actos decisorios do procedemento **ART. 126 LEF** e **ART. 140 REF**, sen prexuízo de impugnar a negativa da Administración a recoñecer a súa situación; ii) o dereito a manter a validez das operacións expropiatorias realizadas e, en especial, do prezo xusto expropiatorio, que se manifesta no dereito á audiencia nos trámites resolutivos dos recursos administrativos interpostos polo expropiado e no dereito a intervir no recurso contencioso-administrativo como demandado; iii) en canto á renuncia á condición de beneficiario, a xurisprudencia (STS 2-XÑ-1989 R. Az. 4308 e STS 3-AB-1990 R. Az. 2852) declarou que non é posible desistir dunha expropiación xa consumada ao terse producido a ocupación material do predio ou por terse fixado o seu prezo xusto; agora ben, nos supostos de expropiación por causa de utilidade pública, a renuncia á condición de beneficiario estará determinada pola relación subxacente entre o beneficiario e a Administración (p. ex., a concesión).

c) O expropiado.- Segundo o **ART. 3.1 REF**, ten a condición de expropiado **o propietario ou titular de dereitos reais e intereses económicos directos sobre a cousa expropiable, ou titular do dereito obxecto da expropiación; dito en**

termos sinxelos, é o dono da cousa ou titular do dereito ou interese que se expropia. Polo tanto, o expropiado ten un dereito básico a participar como interesado no procedemento e, no plano substantivo, a percibir a indemnización expropiatoria. A figura do expropiado suscita as seguintes cuestións:

1.- Esta condición de expropiado non é unha condición persoal, é unha **calidade *ob rem* ou *propter rem***, é dicir, esta condición vén determinada pola relación do suxeito co obxecto da expropiación (STS 26-XÑ-1992 R. Az. 4721); como consecuencia diso, o **ART. 7 LEF** sinala que as **transmisións de dominio ou de calquera outro dereito ou interese** non impedirán a continuación dos expedientes de expropiación forzosa e **considerarase subrogado o novo titular nas obrigas e dereitos do anterior;**

2.- Cómpre **determinar se existen suxeitos que, pola súa calidade subxectiva, poden quedar excluídos da condición de expropiado.** Dado o carácter *ob rem* da condición de expropiado e da xeneralidade desta que deriva do **ART. 1 LEF** ("... calquera que fosen as persoas ou entidades a que pertencen..."), cabe sinalar que **ningún suxeito, nin de dereito privado** (mesmo estranxeiros) **nin de dereito público** (Estado, administracións territoriais, Estados e entidades estranxeiras...), **pode pretender pola súa soa calidade subxectiva ou status subxectivo unha exención ou franquía legal fronte ao exercicio da potestade expropiatoria** por unha Administración territorial. Agora ben: i) poden existir exencións, non en función da calidade subxectiva, senón da natureza dos bens de que sexan titulares, como os bens de dominio público; ii) e, en determinados casos, é necesario cumprir formalidades adicionais para levar a cabo a expropiación:

- É o caso dos Estados estranxeiros en relación cos locais das misións diplomáticas e consulares e o caso da Igrexa católica.

3.- É necesario **determinar que titulares de que situacións xurídicas en relación co obxecto expropiado teñen dereito a ser considerados como tales.** Para tal efecto, débesele recoñecer a condición de expropiado:

- a) ás **titularidades principais**, é dicir, "ao propietario da cousa ou titular do dereito obxecto da expropiación",

b) pero tamén ás **titularidades secundarias**, é dicir, aos "titulares de dereitos reais e intereses económicos directos sobre a cousa expropiable" (a LEF menciona expresamente os arrendatarios rústicos e urbanos, aos que a xurisprudencia engade, como titulares de intereses económicos directos, aos parceiros, os precaristas ao titular dun permiso e a os titulares dos dereitos reais de: censo, usufruto e hipoteca) en dous casos:

- Que o soliciten, acreditando a súa condición debidamente.
- Que a titularidade secundaria conste formalmente nos rexistros públicos ou fiscais, casos en que será preceptiva a súa citación no expediente de expropiación.

4.- Desde unha **perspectiva formal ou procedemental**, para determinar a condición de expropiado e, polo tanto, de propietario da cousa ou titular do dereito obxecto de explotación, a Administración expropiante debe observar as seguintes regras:

4.a) Salvo proba en contrario, a Administración expropiante considerará propietario ou titular. i) quen con este carácter **conste en rexistros públicos que produzan presunción de titularidade**, ii) no seu defecto, quen apareza con tal carácter en **rexistros fiscais**, iii) ou, por último, o que o sexa **pública e notoriamente**.

4.b) Tamén serán parte no expediente **os que presenten títulos contraditorios sobre o obxecto que se trata de expropiar** ART. 5 LEF.

4.c) Efectuada a publicación de bens e dereitos a expropiar: i) se non comparecesen no expediente os propietarios ou titulares, ii) ou estivesen incapacitados e sen titor ou persoa que os represente, iii) ou fose a propiedade litixiosa (é dicir, litixio aberto), **entenderanse as dilixencias co Ministerio Fiscal** ART. 5 LEF; neste caso, a indemnización consignarase na Caixa Xeral de Depósitos a resultados do procedemento civil que determine o verdadeiro titular ART. 50 LEF.

2.- O obxecto da expropiación.- O obxecto da expropiación foi ampliado. A Lei de 1879 só admitía a expropiación da propiedade inmoble, pero non podemos descoñecer que a principal finalidade da lei de 1954 foi conferirlle á expropiación un contido máximo e, así, o

ART. 1 LEF establece unha fórmula xenérica e ampla para dar cobertura ao máximo número posible de actuacións de carácter ablatório da Administración, ao comprender "... calquera forma de privación singular da **propiedade privada ou de dereitos ou intereses patrimoniais lexítimos...**", o que reiteran os ARTS. 1 e 2 REF explicitando a posibilidade de expropiar "**facultades parciais do dominio ou de dereitos e intereses lexítimos**". En relación con esta fórmula, cómpre precisar o seguinte:

a) A expresión legal abarca todas as titularidades patrimoniais susceptibles dunha estimativa económica, teñan a súa orixe nunha relación xurídica pública (p. ex., concesión) ou privada; iso supón, *a contrario sensu*, que as titularidades de orde estritamente persoal non poidan ser obxecto desta.

b) A expresión "**propiedade privada**" ten unha intención limitativa: a de **excluir os bens de dominio público** pola súa inalienabilidade, ART. 132.1 CE, que expresa a vinculación permanente entre o demanio e a función pública que sobre el se cumpre. A conclusión que se pode extraer desta afirmación sería, polo tanto, que a especial natureza do ben de dominio público o fai inexpropiable, sendo posibles, non obstante, as figuras da desafectación e da mutación demanial, cando procedan, para que a Administración que en cumprimento dunha determinada causa de utilidade pública ou interese social precise do ben poida, no primeiro caso (desafectación), expropialo, e, no segundo (mutación), eludir esa necesidade; figuras cuxa aplicación, no entanto, debe considerarse que dependerá do ente titular do dominio.

c) A expresión "**intereses patrimoniais lexítimos**" **exixe que a indemnización expropiatoria non se deba limitar ao valor das cousas ou dereitos expropiados, senón que debe cubrir a totalidade dos danos e perdas directos e indirectos provocados pola expropiación, aínda que non se trate de cousas ou dereitos subxectivos perfectos (como sostén o Tribunal Supremo, a amplitude con que a LEF e o REF describiron o potencial obxecto das actuacións expropiatorias pretende que non quede sen indemnizar ningún dereito ou interese expropiado)**, ben sexa situacións independentes, como a posesión ou os precaristas, ben intereses patrimoniais adicionais a unha situación de dereito subxectivo (clientela).

d) A cousa, como xa se sinalou, adquirírase libre de cargas, coa excepción daqueles supostos en que a Administración expropiante poida conservar algún dereito real sobre o obxecto expropiado, se resultase compatible co novo destino que se lle deba dar a este ou o fin a que ha de quedar afectado e existise acordo entre o expropiante e o titular do dereito (aínda que o REF lle atribúe á Administración a decisión sobre a subsistencia do dereito con audiencia previa do titular expropiado principal e o do dereito cuxa continuación se propón), **ART. 8 LEF** e **ART. 9 REF**, que exclúe destas regras a "expropiación parcial de facultades limitadas do dominio ou de dereitos".

3. Causa da expropiación. Tradicionalmente, o fin ou a causa da expropiación foi a utilidade pública, concepto amplo que xustificaba calquera tipo de expropiación. Como recolle GARRIDO FALLA, resulta máis comprensiva a noción de "interese público". Pero as preocupacións cada vez máis intervencionistas do Estado actual acuñaron outra fórmula xustificativa da expropiación, o interese social, que se atopa recollido tanto na vixente lei como na propia Constitución.

Este interese social nace da necesidade ineludible da Administración pública de servir de instrumento de conformación da realidade social. Os fins de interese público que dan lugar a outras tantas expropiacións poderían ir desde a realización de obras públicas ata a simple imposición de cargas ou deberes para levar a cabo unha política de conformación social ou económica. Pero iso non quere dicir que a satisfacción do interese público requira sempre do exercicio da potestade expropiatoria para alcanzalo; se iso fose así, todas as potestades administrativas quedarían reducidas a unha delas: a expropiatoria, o que evidentemente non sucede: por outra parte, non se pode descoñecer que a cualificación que fai a Constitución do noso Estado como "social" obriga a que os poderes públicos impulsen accións e actividades de tal carácter, o que se traducirá moitas veces en expropiacións ou nacionalizacións.

Por todo iso, podemos concluír que nunca se poderá expropiar un ben, dereito ou actividade por razóns ou causas que resulten alleas ao interese público ou contrarias a el.

O PROCEDEMENTO EXPROPIATORIO XERAL

1.- Formulación.- O sometemento da actuación administrativa a unha canle procedementa legal ten a súa razón de ser non só na regulamentación de actuar da

Administración, senón tamén na garantía e respecto dos dereitos afectados pola dita actuación. Precisamente por iso, a regulación do procedemento a que se debe adecuar a acción administrativa mereceu especial consideración na CE, que prevé no seu artigo 105 c) "A lei regulará: ... c) o procedemento a través do cal se deben producir os actos administrativos, garantindo, cando proceda, a audiencia do interesado".

Sendo iso así, no ámbito da actividade administrativa, a regulación do procedemento ao que se deba adecuar o exercicio da potestade expropiatoria cobra especial importancia, de xeito que o cumprimento das normas procedementais que a lei prevexa supoñan ao mesmo tempo unha garantía dos dereitos do expropiado. Non en van, cómpre terse en conta que esta potestade administrativa ataca directamente un dos dereitos que mereceron para o lexislador preconstitucional maior recoñecemento e garantía, sendo tamén recoñecido e protexido pola nosa Carta Magna o dereito de propiedade. En efecto, dispón o artigo 33.1 da CE que "Se recoñece o dereito á propiedade privada e á herdanza..." sinalando expresamente o seu apartado 3 que "Ninguén poderá ser privado dos seus bens e dereitos se non é por causa xustificada de utilidade pública ou interese social, mediante a correspondente indemnización e de conformidade co disposto nas leis".

Así, podemos considerar o procedemento expropiatorio como a canle procedemental á que debe someterse a Administración no exercicio da potestade expropiatoria para asegurar unha actuación eficaz que permita satisfacer a necesidade pública que subxace en toda expropiación forzosa e, ao mesmo tempo, como medida de garantía ou cautela que lles garanta aos afectados o pleno respecto dos seus dereitos e intereses lexítimos. A LEF xa reflicte o dobre cometido que debe cumprir o procedemento expropiatorio: instrumento adecuado para cumprir a finalidade expropiatoria e garantía para o particular afectado. Este procedemento imponse pola LEF como requisito *ad solemnitatem*, de modo que sen este non hai expropiación, senón vía de feito ART. 125 LEF, pois a lei só permite prescindir do procedemento en situacións de urxencia ou de estado de necesidade por exixencias da seguridade cidadá ou seguridade pública: é o caso das REQUISAS MILITARES e CIVÍS (ARTS. 101-107, 120, LEF e ART. 124 REF).

O establecemento do procedemento de expropiación forzosa é unha **competencia exclusiva do Estado**, pois o ART. 148.1.18ª atribúelle a competencia exclusiva da

lexislación sobre expropiación forzosa; non obstante, as **comunidades autónomas** (ss STC 37/1987 do 26-MZ) poden, respectando as garantías do ART. 33.3 CE, mediante lei autonómica, establecer as causas e supostos en que proceda a expropiación forzosa e desenvolver a LEF nos aspectos organizativos (p. ex., os xurados de expropiación forzosa).

A LEF diseña un procedemento xeral (título II), xunto co que a lei considera, no seu artigo 52, unha modalidade excepcional para os supostos en que sexa declarado urxente e procedementos especiais (título III), que só matizan o sistema común, e que se analizan no tema seguinte. O procedemento xeral (título II) articúlase nas seguintes fases:

- Unha fase previa ao procedemento xeral, que é a **declaración de utilidade pública ou interese social**.
- **Declaración de necesidade da ocupación**, que trata de individualizar os bens a expropiar nos seus aspectos materiais e xurídicos, e identificar as persoas que deben ter a condición de expropiados.
- **Determinación do prezo xusto**, que ten como fin taxar ou valorar os bens.
- **Pagamento e ocupación do obxecto expropiado**, fase cuxa finalidade é a de transmitir o dominio ou a vantaxe a favor do expropiante ou beneficiario.

Estas fases constitúen **pezas separadas**, pero non é necesario configurar un expediente distinto para cada unha delas, salvo para a fase de prezo xusto, pois así o impón o ART. 26 LEF.

2.- Declaración de utilidade pública ou interese social.- Para proceder á expropiación forzosa (di o artigo 9 da LEF), será indispensable a declaración previa de utilidade pública ou interese social do fin ao que se deba afectar o ben expropiado. Esta declaración non forma parte estritamente do procedemento expropiatorio, senón que constitúe un requisito habilitante deste e, polo tanto, o seu cumprimento previo formula dúas cuestións: unha, de carácter material relativa ao significado das nocións de utilidade pública e de interese social e a súa natureza, e, outra, de carácter formal, relativa ao procedemento para levala a cabo.

a) A LEF non especifica o sentido da distinción, pero parece claro que a "**utilidade pública**" fai referencia ás exixencias do funcionamento das obras ou servizos públicos que

presta a Administración, e o "**interese social**" fai referencia a calquera forma de interese prevalente ao individual do propietario distinto do anterior. Agora ben, a pesar desta distinción, unha e outra causa conflúen na mesma consecuencia xurídica: dar paso ao exercicio de idéntica potestade expropiatoria, sen que iso supoña un procedemento diferente para cada unha.

b) *A forma en que debe ser realizada a declaración da utilidade pública ou o interese social* regúlase nos artigos 10 a 13 da LEF. Esta regulación diferencia a declaración de utilidade pública da de interese social, distinguindo dentro da primeira a dos bens inmobles e a dos mobles, pero destacando que en todos os casos o réxime é bastante similar.

- En todos os casos, a regra xeral é que a declaración de utilidade pública ou interese social se debe efectuar por lei para cada caso concreto (arts. 11 e 12).
- A forma máis usual, aplicable tamén a todos os supostos, é a declaración xenérica por lei da utilidade pública ou interese social. A lei, neste suposto, declara a procedencia xeral de expropiar cun fin determinado, e a súa aplicación en cada caso concreto efectúase mediante acordo do Consello de Ministros ou do Consello de Goberno das comunidades autónomas (arts. 10 e 12 LEF).
- En relación exclusiva coa expropiación de bens inmobles, o artigo 10 da LEF establece a práctica das chamadas expropiacións implícitas:

c) Defensas fronte a este trámite.- Recurso contencioso-administrativo, quedando a defensa ante este trámite do seguinte xeito:

1.- Se se trata de **leis expropiatorias**, a STC 166/1986 sinala que non cabe recurso directo contra a lei polos particulares ante o TC, pero, se se exige que a lei singular expropiatoria estea sometida ao principio de igualdade e se os expropiados consideran que a privación singular dos seus bens ou dereitos carece de base razoable ou é desproporcionada, poderán, ante a súa ocupación material, alegar perante os xuíces e tribunais a vulneración do seu dereito á igualdade.

2.- Se se trata de **declaracións legais xenéricas de utilidade pública ou interese social**, a xurisprudencia tamén controla os actos do Goberno ou Consellos de

Goberno que concretan nun caso particular esa utilidade pública ou interese social, xa que eses actos son susceptibles de impugnarse mediante recurso contencioso-administrativo.

3.- Necesidade de ocupación dos bens ou de adquisición de dereitos.-

a) Concepto.- O **ART. 15 LEF** e o **ART. 15 REF** sinalan que, declarada a utilidade pública ou o interese social, **a Administración resolverá sobre a necesidade concreta de ocupar os bens ou adquirir os dereitos que sexan estritamente indispensables para o fin da expropiación**; mediante acordo do Consello de Ministros, poderanse incluír tamén entre os bens de necesaria ocupación **os que sexan indispensables para previsibles ampliacións** da obra, servizo ou finalidade de que se trate, sen que poidan ser cualificados de partes sobrantes para os efectos do dereito de reversión do ART. 54 LEF.

b) Procedemento.- A resolución sobre a necesidade de ocupación axustarase a un procedemento no que se diferencian as seguintes fases:

1.- Relación inicial de bens e dereitos de ocupación necesaria.- A "**Administración expropiante**" ou "**o beneficiario**" da expropiación, se é o caso, a través daquela, deberá formular unha **relación concreta e individualizada dos bens ou dereitos cuxa ocupación ou disposición se consideren necesarias**, así como, se procede, dos imprescindibles para as ampliacións da obra, servizo ou finalidade determinante da expropiación. **Exceptúanse** deste trámite os proxectos de obras e servizos aprobados regulamentariamente cando estes comprendesen a descrición material dos bens ou dereitos necesarios, pois a necesidade de ocupación entenderase implícita na aprobación do proxecto, pero o beneficiario estará igualmente obrigado a formular a mencionada relación para os únicos efectos da determinación dos interesados. Respecto a esta "relación de bens e dereitos", cabe sinalar: Na relación **expresarase**: i) o estado material e xurídico de cada un dos bens ou dereitos, ii) os nomes dos propietarios ou dos seus representantes, con indicación da súa residencia e domicilio, e iii) os de cantos sexan titulares dalgún dereito ou interese indemnizable afectos á expropiación.

2.- Trámite de información pública.- Recibida a relación sinalada, a Administración expropiante, a través do delegado do Goberno ou da autoridade competente en cada caso, abrirá **información pública durante un prazo de quince días**; cando se trate de

expropiacións realizadas polo Estado, a relación dos bens e dereitos deberase publicar no *Boletín Oficial del Estado* e no da provincia respectiva, así como nun dos diarios de maior circulación da provincia, se o houbese, comunicándoselles ademais aos concellos no termo dos cales radique a cousa que se vai expropiar, para que a fixen no taboleiro de anuncios. Durante este prazo de información pública, os interesados poderán formular **alegacións** sobre a procedencia da ocupación ou disposición dos bens e o seu estado material ou legal:

a.1.) Calquera persoa natural ou xurídica poderá comparecer ante a Alcaldía, Delegación do Goberno ou organismo competente para pedir a **rectificación dos posibles erros na descrición material e legal dos bens** que se estimen cometidos na relación que se fixese pública; para iso, poden alegar e ofrecer cantos datos, antecedentes ou referencias sirvan de fundamento para as rectificacións que procedan.

a.2.) Calquera persoa se poderá **opor, por razóns de fondo ou forma, á necesidade da ocupación**; neste caso, indicará os motivos polos que se deba considerar preferente a ocupación doutros bens ou a adquisición doutros dereitos distintos e non comprendidos na relación, como máis conveniente para o fin que se persegue.

3.- Apertura de prazo de 20 días para coñecer das alegacións e oposición.- Ao finalizar o prazo de alegacións, abrírase outro de vinte días no que se cumprirán os seguintes trámites:

a.1.) Neste prazo procede: i) o **exame e cualificación dos fundamentos da oposición** á necesidade da ocupación dos bens ou dereitos afectados pola relación feita pública; ii) a **rectificación e complemento dos datos** que, sobre a titularidade dos bens ou dereitos, e as súas características materiais ou legais, procedese como resultado das alegacións dos particulares comparecentes; iii) a **incorporación ao expediente**, cando procedese, **de certificacións ou outros documentos de comprobación** que, para o efecto, sexan redactados polos rexistros da propiedade, fiscais ou outras dependencias públicas; iv) cumpridos os trámites anteriores, a **Avogacía do Estado emitirá un informe**.

4.- Resolución sobre a necesidade de ocupación.- Dentro do prazo anterior de 20 días, cumpridos os trámites e emitido o informe pola Avogacía do Estado, **resolverase sobre a**

necesidade da ocupación; o "**acordo de necesidade de ocupación**", que inicia o expediente expropiatorio:

a.1.) Debe **relacionar detalladamente os bens e dereitos afectados, así como os titulares destes** cos que se teñan que entender os sucesivos trámites de expediente.

a.2.) O dito acordo **publicarase** en igual forma que no trámite de información pública, e deberáselles **notificar individualmente** a cantas persoas aparezan como interesadas no procedemento expropiatorio, ben que na exclusiva parte que lles poida afectar. A notificación individual será preceptiva respecto dos expropiados.

A notificación individual deberá conter o texto íntegro da resolución a que se refire e especificar os recursos que, se é o caso, procedan contra esta, así como a autoridade ou organismo perante os que se deban formular e o prazo concedido para a súa interposición. A omisión ou erro na notificación de calquera dos requisitos expresados producirá a súa nulidade, agás que o particular interesado utilizase os recursos procedentes no tempo e na forma que correspondan.

4º) Determinación do prezo xusto.

Esta fase iníciase ao día seguinte de gañar firmeza o acordo de necesidade de ocupación, tramitándose en peza separada. De acordo coa Lei de expropiación forzosa, existen tres formas de determinar o prezo xusto ou indemnización expropiatoria:

a) **Por mutuo acordo.** Conforme o artigo 24 da Lei de expropiación forzosa, 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, caso en que, unha vez convidados os termos da adquisición amigable, se dará por concluído o expediente iniciado. Se no prazo de quince días non se chegase a tal acordo, seguirase o procedemento pola outra das vías de determinación do prezo xusto que regula a Lei de expropiación forzosa.

b) **Polo Xurado Provincial de Expropiación** (artigos 25 a 31 do Regulamento de expropiación forzosa). A Lei de expropiación forzosa sinala que, de non haber mutuo acordo, se lle abrirá un expediente individual a cada un dos suxeitos afectados e por cada un dos

bens ou dereitos afectados, con determinadas excepcións. Logo de requirimento da Administración, os propietarios presentarán, no prazo de vinte días, a súa folla de aprecio na que, motivadamente, concreten o valor que, ao seu xuízo, ten o obxecto da expropiación, podendo achegar ditame pericial. En caso de aceptación da valoración pola Administración expropiante, entenderase definitivamente fixado o prezo xusto. En caso de rexeitamento, a Administración, pola súa banda, redactará folla de aprecio, tamén fundada, a cal á súa vez poderá ser aceptada ou rexeitada polo suxeito expropiado no prazo de dez días. Se a rexeita, envíaselle o expediente ao Xurado Provincial de Expropiación.

O xurado provincial resolverá á vista das follas de aprecio formuladas polos propietarios e pola Administración, con respecto das que ten deber de congruencia, e decidirá executoriamente sobre o prezo xusto no prazo de oito días, excepcionalmente prorrogable ata quince. Este acordo adoptarase na forma prevista no artigo 33 da Lei de expropiación forzosa; deberá ser motivado, razoándose os criterios de valoración seguidos, e notificaráselles á Administración expropiante e aos propietarios, pondo fin á vía administrativa, e contra el só procederá o recurso contencioso-administrativo.

En todo caso, a determinación do prezo xusto deberase realizar segundo o valor que os bens e dereitos expropiables tivesen no momento de incoarse o expediente de prezo xusto, sen ter en conta as **plusvalías** que sexan unha consecuencia directa do plan ou proxecto de obras que dean lugar á expropiación e ás previsibles no futuro.

As melloras realizadas con posterioridade non serán obxecto de indemnización, a non ser que se demostre que eran indispensables para a conservación dos bens. As melloras anteriores son indemnizables salvo que se realizasen de mala fe (artigo 36 da Lei de expropiación forzosa).

En canto aos **criterios de valoración**, son distintos segundo a natureza do ben expropiado. Non obstante, tanto o propietario como a Administración poderán levar a cabo a taxación, aplicando os criterios estimativos que xulguen máis axeitados, no caso de que a avaliación practicada, de acordo cos criterios legais, non resultase, ao seu xuízo, conforme co valor legal.

Así mesmo, o xurado tamén poderá aplicar outros criterios de valoración cando se considere que o prezo obtido con suxeición aos criterios legais resulta notoriamente superior

ou inferior ao valor real dos bens (artigo 43).

A iso engadiráselle o premio de afección: un 5% do prezo xusto que compensa a aflicción que produce a privación expropiatoria (danos morais).

5º) Pagamento e ocupación.

Unha vez determinado o prezo xusto, procederase ao pagamento da cantidade que resultase, no prazo máximo de seis meses. O pagamento verificarase mediante talón nominativo ao expropiado ou por transferencia bancaria no caso de que o expropiado manifestase o seu desexo de recibir o prezo por este medio (artigo 48 da Lei de expropiación forzosa).

O pagamento do prezo estará exento de toda clase de gastos, impostos e gravames (artigo 49 da Lei de expropiación forzosa).

Cando o propietario rexeitase recibir o prezo ou cando existise litixio ou cuestión entre o interesado e a Administración, consignarase o prezo xusto pola cantidade que sexa obxecto de discordia na Caixa Xeral de Depósitos ou á disposición da Autoridade ou Tribunal competente (artigo 50 da Lei de expropiación forzosa).

Polo que á ocupación se refire, o artigo 51 da Lei de expropiación forzosa sinala que, "feito efectivo o prezo xusto ou consignado, se poderá ocupar o predio por vía administrativa ou facer exercicio do dereito expropiado, sempre que non se tivese feito xa en virtude do procedemento de urxencia".

Os efectos do pagamento e a ocupación veñen recollidos no artigo 53 da Lei de expropiación forzosa, que sinala que "a acta de pagamento e a de ocupación, que se redactará a continuación daquela, será título bastante para que, no Rexistro da Propiedade e demais rexistros públicos, se inscriba ou tome razón da transmisión de dominio e se verifique, se é o caso, a cancelación das cargas, gravames e dereitos reais de toda clase a que estivese afecta a cousa expropiada".

A acta de ocupación, acompañada do xustificante da consignación do prezo ou do correspondente resgardo de depósito, producirá iguais efectos; estes documentos serán tamén títulos de inmatriculación no Rexistro da Propiedade.

Polo que se refire ás garantías do prezo xusto fronte a demoras e depreciacións

monetarias, a Lei de expropiación forzosa prevé as seguintes técnicas:

a) O aboamento do xuro legal. Sinala o artigo 56 da Lei de expropiación forzosa que "cando transcorran seis meses desde a iniciación legal do expediente expropiatorio sen terse determinado por resolución definitiva o prezo xusto, a Administración expropiante culpable da demora estará obrigada a aboarlle ao expropiado unha indemnización que consistirá no xuro legal do prezo xusto ata o momento en que se determinase".

b) Unha nova avaliación, segundo o artigo 58 da Lei de expropiación forzosa: "Se transcorresen dous anos sen que o pagamento da cantidade fixada como prezo se aboase ou se consignase".

PARTICULARIDADES DO PROCEDEMENTO DE URXENCIA

Como sinala LÓPEZ-NIETO, o procedemento de urxencia é un dos aspectos máis preocupantes entre os de natureza xurídica que contén a LEF, na medida en que hoxe en día representa a degradación do seu espírito, xa que está totalmente demostrado que o procedemento habitual empregado para levar a cabo un proceso expropiatorio é o denominado de urxencia, mentres que o procedemento normal rara vez é utilizado.

Este procedemento aparece regulado no artigo 52 da LEF dentro do capítulo dedicado ao pagamento e toma de posesión. Nel dise que, excepcionalmente e mediante acordo do Consello de Ministros, se poderá declarar urxente a ocupación dos bens afectados pola expropiación a que dea lugar a realización dunha obra ou finalidade determinada.

a) O procedemento iníciase, sobre a base dunha declaración previa de utilidade pública ou interese social, coa práctica dun trámite de información pública, que ordena realizar o artigo 56 do REF, por un prazo de 15 días. No citado trámite débese expor a relación de bens afectados pola expropiación, podendo os interesados formular as alegacións que estimen oportunas, aínda que só "para os efectos de emendar posibles erros que se padecesen na dita relación" (art. 56.2 REF).

b) Realizado o trámite de información pública, pásase ao seguinte, consistente na denominada declaración de urxencia, que lle corresponde realizar en exclusiva ao Goberno da nación (art. 52.1 LEF) ou ao Consello de Goberno das comunidades autónomas, e co cal

se ten por cumprido o trámite da necesidade de ocupar os bens que deben ser expropiados (art. 52.1 LEF). Esta declaración deberá cumprir o seguinte:

- Por unha banda, no expediente que se lle envíe ao Goberno ou Consello de Goberno debe figurar necesariamente "a oportuna retención de crédito con cargo ao exercicio en que se prevexa a conclusión do expediente expropiatorio e a realización efectiva do pagamento a que ascendería o prezo xusto calculado en virtude das regras previstas para a súa determinación nesta lei" (art. 52.1 LEF).

- Por outra, o acordo de urxencia deberá estar debida e suficientemente motivado, é dicir, con indicación das razóns ou motivos que a xustifican, e non se deberá facer unha "referencia expresa aos bens a que afecta a ocupación ou ao proxecto de obras en que se determina, así como o resultado da información pública" (art. 56.1 REF).

c) O trámite seguinte é a redacción da acta previa á ocupación:

- Trátase dunha acta de mera constancia de datos de feito cuxo obxecto é a descrición do ben ou dereito expropiable, facendo constar, se é o caso, todas as manifestacións e datos que acheguen os propietarios e os demais interesados e que resulten útiles para determinar os dereitos afectados, os titulares dos dereitos afectados, o valor daqueles e os prexuízos determinantes da rápida execución (art. 52.3 LEF).

- Para redactar a acta indicada anteriormente, deberáselles notificar con carácter previo aos interesados e propietarios o día e a hora en que este trámite se vai realizar, momento en que se presentará, no predio que se trate de ocupar, o representante da Administración pública expropiante, acompañado dun perito e do alcalde ou do concelleiro en quen delegue o anterior, así como dos propietarios e demais interesados que concorran, os cales poderán facerse acompañar de peritos e dun notario (art. 52.2ª e 3ª).

d) Redactada a acta previa de ocupación, a Administración debe proceder a elaborar as chamadas follas de depósito previo á ocupación, realizando unha estimación do valor do predio conforme a súa capitalización dos seus valores fiscais e fixando a indemnización que estime que debe corresponder ás perdas derivadas da rapidez de ocupación (colleitas pendentes, mudanzas e outras que sexan igualmente xustificadas. O importe da citada valoración será consignado na Caixa Xeral de Depósitos, xerando a favor do expropiado o xuro legal (art. 52.4ª e 5ª da LEF). O expropiado poderá retirala e facela súa en calquera

momento, debendo devolver o exceso si o prezo xusto, que logo se fixa, fóra de contía inferior (art. 58.1 REF).

e) Por último, efectuado o depósito previo e aboada ou consignada, se é o caso, a indemnización previa por perdas, a Administración expropiante procederá á inmediata ocupación do ben de que se trate, o cal deberá efectuar no prazo máximo de 15 días (artigo 52.6ª que se remite ao artigo 51). A continuación deberá proceder á apertura da peza para a fixación e o pagamento do prezo xusto, que se efectuará de conformidade coas regras previstas para o procedemento xeral (art. 52.7ª). Sobre o prezo xusto acordado definitivamente, xirarase a indemnización do xuro legal do diñeiro desde a data de ocupación do ben.

A REVERSIÓN DO BEN EXPROPIADO

1. CARACTERES

A expropiación pode non chegar ao seu final por diversas causas, entre as que pode estar, aínda que non sexa frecuente, a desistencia da Administración. Máis frecuente resulta o suposto de que o obxectivo ou fin que lexitimou no seu día o exercicio da potestade expropiatoria sufra alteracións. En tales casos, a LEF atribúelles aos suxeitos expropiados un dereito a recuperaren os bens afectados por tales circunstancias. Este efecto extintivo da expropiación e o seu correlativo a facerse efectivo recibe no noso dereito o nome de **reversión**. O artigo 54.1 da LEF refírese a ela dicindo: "no caso de non se executar a obra ou non se establecer o servizo que motivou a expropiación, así como se houberse algunha parte sobrance dos bens expropiados ou desaparecese a afectación, o primitivo dono ou os seus habentes-causa poderán recobrar a totalidade ou a parte sobrance do expropiado mediante o aboamento a quen fose titular da indemnización que se determina no artigo seguinte...".

Como recolle SANTAMARÍA PASTOR, o fenómeno da reversión posúe catro trazos fundamentais:

1. O seu nacemento prodúcese de xeito automático, como consecuencia da desaparición sobrevida do fin que xustificou a expropiación.
2. A reversión é un dereito de configuración legal, non forma parte da garantía da

propiedade do artigo 33 da CE.

3. O dereito de reversión réxese polo dereito vixente no momento do seu nacemento.
4. Por último, a reversión é un dereito real de adquisición preferente, no sentido de que opera interpóndose a outros dereitos inscritos no Rexistro da Propiedade, sempre que tal dereito fose inscrito nese rexistro.

1. SUPOSTOS E FORMA DE EXERCICIO DA REVERSIÓN

Do artigo 54 da LEF despréndense tres supostos:

1.- Inexecución da obra ou non establecemento do servizo. Pode suceder que a obra ou servizo que motivou a expropiación non se leven a cabo. Neste caso, o dereito de reversión presenta dúas modalidades:

a) Declaración pola Administración expropiante de forma expresa. Farase mediante notificación ao expropiado do "seu propósito de non executar a obra ou non implantar o servizo"; neste suposto, o expropiado dispón dun prazo de 3 meses, contados desde a data de recepción da notificación para exercer ante a Administración o seu dereito de reversión (art. 54.3 LEF).

b) Non declaración por parte da Administración. Esta desistencia presúmese producida cando concorran algunha das seguintes circunstancias: a) Transcurso de 5 anos desde a data en que os bens ou dereitos expropiados quedaron á disposición da Administración sen que se tivesen iniciado a execución da obra ou a implantación do servizo. b) Suspensión durante máis de 2 anos das actuacións dirixidas a executar a obra ou implantar o servizo sen que se producise por parte da Administración ou o beneficiario ningún acto expreso para o seu reinicio; a LEF non indica neste caso o prazo en que o expropiado debe facer uso do seu dereito de reversión, pero por analoxía débense aplicar os prazos do suposto anterior.

2. Existencia de bens sobrantes non utilizados para a execución da obra ou servizo. Isto pode constatar-se: a) Mediante a declaración expresa da existencia de bens sobrantes e a súa notificación ao expropiado. O dereito de reversión deberá exercitarse no prazo de 3 meses seguintes á data de notificación. b) Cando esa declaración expresa non se produza, a LEF sinala que o dereito de reversión poderá exercitarse sempre que non transcorresen 20 anos desde a toma de posesión dos bens expropiados.

3. Desaparición da afectación. É dicir, cando a obra ou servizo para os que se realizou a expropiación desaparecesen ou se extinguise o fin público ao que respondían a dita obra ou servizo. O réxime de exercicio de dereito de reversión é idéntico ao precedente. Non obstante, a LEF estableceu unha limitación temporal, neste caso, dispoñendo que non haberá dereito a reversión "cando a afectación ao fin que xustificou a expropiación ou a outro declarado de utilidade pública ou interese social se prolongue durante 10 anos desde o remate da obra ou o establecemento do servizo..." (art. 54.2,b).

C. INDEMNIZACIÓN REVERSIONAL

A extinción do efecto privatorio que a expropiación comporta leva consigo o deber do expropiado (neste caso, reversionista) de devolverlle á Administración o valor dos bens que recupera. Así, o art. 55.1 da LEF di "é presuposto do exercicio do dereito de reversión a restitución da indemnización expropiatoria polo expropiado".

1. Normas:

a) Contía da devolución. Como regra xeral, o seu importe determínase polo importe do prezo xusto no seu día aboado, que deberá ser actualizado conforme a evolución do IPC no período comprendido entre a data de iniciación do expediente de prezo xusto e a do exercicio do dereito de reversión (art. 55.1). Se o ben ou dereito expropiado experimentasen cambios na súa cualificación xurídica que condicionasen o seu valor, incorporasen melloras aproveitables polo titular do dereito ou sufrisen perda no seu valor, deberase facer unha revalorización, é dicir, unha nova valoración, referida á data do exercicio do dereito de reversión e efectuada mediante o procedemento de determinación de prezo xusto (art. 55.2).

b) O pagamento da indemnización reversional constitúe un presuposto para a efectividade desta. Así, o art. 55.3 regula este aspecto, establecendo:

A toma de posesión do ben ou dereito obxecto de reversión non poderá ter lugar sen o pagamento previo ou consignación do importe da indemnización.

O pagamento, so pena de caducidade da reversión, deberá efectuarse no prazo de 3 meses desde a súa determinación en vía administrativa, sen prexuízo do recurso contencioso-administrativo que poida interporse.

No suposto de que a sentenza que se dite en tal proceso estableza un importe de

indemnización diverso, as diferenzas en máis ou menos deberán satisfacerse no prazo de 3 meses desde a notificación da sentenza, incrementadas nos xuros xerados ao tipo do xuro legal do diñeiro desde a data do primeiro pagamento; o non pagamento en tal prazo da diferenza constitúe causa de caducidade do dereito de reversión.

GARANTÍAS DO EXPROPIADO

Do estudo da normativa vixente dedúcese unha serie de garantías xurisdicionais recoñecidas a favor dos particulares como suxeitos pasivos da expropiación forzosa. Tales garantías aparecen clasificadas por GARRIDO FALLA en tres grupos:

1. As primeiras garantías prodúcense respecto ao que se coñece como vía de feito. Esta ten lugar cando a potestade expropiatoria se exercita prescindindo totalmente do procedemento legal e regulamentariamente establecido ou sen terse cumprido algún dos seus requisitos esenciais, como poden ser a declaración de utilidade pública ou interese social, a necesidade de ocupación ou o pagamento previo. Cando este suposto concorre, os particulares contan cun procedemento xurisdiccional de carácter extraordinario, que aparece aludido na LEF. Así, establécese en ela que sempre que, sen cumprirse os requisitos substanciais da declaración de utilidade pública ou interese social, necesidade de ocupación e logo de pagamento ou depósito, nos termos establecidos na lei, a Administración ocupase ou intentase ocupar a cousa obxecto de expropiación, o interesado poderá utilizar, á parte dos demais medios legais procedentes, os interditos de reter e recobrar, para que os xuíces o amparen e, se é o caso, lle reintegren a súa posesión ameazada ou perdida (art. 125 LEF). Como vemos, a Administración aparece neste caso como un suxeito de dereito común e, polo tanto, privada do seu privilexio de foro, pero trátase en todo caso, e como recoñece a LEF, dunha medida de carácter excepcional. O interdicto de reter e recobrar procederá cando quen se ache na posesión ou tenza da cousa sexa perturbado nela por actos que manifesten a intención de inquietalo ou despoxalo (interdicto de reter) ou cando xa fose despoxado da dita posesión ou tenza (interdicto de recobrar).
2. O segundo tipo de garantías refírese ao caso en que, aínda que se respecten estes trámites legais, se produzan no expediente expropiatorio vicios de procedemento ou infraccións legais. Tal suposto abre a posibilidade de interpor recurso contencioso-

administrativo, que poderá dirixirse contra a resolución administrativa que poña fin ao expediente ou contra calquera das pezas separadas ás que se refire a LEF (art. 126). Non obstante, o acordo sobre a necesidade de ocupación é inimpugnable en vía contenciosa (art. 22,3 LEF). A xurisprudencia ratificou en moi diversas ocasións que se lles recoñece lexitimación activa para interpor o recurso a "beneficiarios" ou a calquera que fose parte no expediente.

3. A terceira garantía refírese ao caso de que o prezo que se fixe difira en máis dun sexto do valor real da cousa obxecto de expropiación. Neste caso, os interesados teñen aberta a vía contencioso-administrativa, e o recurso debe fundarse en lesión cando a cantidade fixada como prezo xusto sexa inferior ou superior en máis dunha sexta parte á que en tal concepto fose alegada polo recorrente (art. 126 LEF).

Cómpre destacar que, segundo a LEF, se considerarán de quenda preferente os recursos contencioso-administrativos salientados (art. 126.4) e que estes se rexerán polas normas xerais da Lei da xurisdición contencioso-administrativa.

O XURADO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE GALICIA

1. Introducción:

No réxime xurídico particular e concreto de varias comunidades autónomas incluíuse dentro das competencias de desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación estatal a materia de expropiación forzosa (art. 28.2 do Estatuto de autonomía de Galicia). En desenvolvemento desta previsión competencial e da correspondente á potestade de autogoberno (art. 27.1 do Estatuto), creáronse diversos órganos de valoración aos que, con diversas acepcións, se lles asignaron, entre outras, as funcións dos xurados provinciais de expropiación forzosa. Porén, iso non supuxo a desaparición dos órganos estatais, senón a coexistencia entre uns e outros, asumindo os xurados autonómicos a competencia nos expedientes de fixación de prezo xusto correspondentes ás expropiacións realizadas pola Administración autonómica e local no seu respectivo territorio.

2. Competencia:

Por regra xeral, os xurados autonómicos configúranse como órganos colexiados de

natureza administrativa, non sometidos a instrucións xerárquicas e especializados en expropiación forzosa. En Galicia, o artigo 232 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, modificada pola lei 15/2004, do 29 de decembro, creou o Xurado de Expropiación Forzosa de Galicia, previsións desenvolvidas polo Decreto 223/2005, do 16 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Xurado de Expropiación de Galicia. Constitúese como un órgano colexiado permanente da Comunidade Autónoma de Galicia especializado e que actúa no cumprimento das súas funcións con plena autonomía funcional, sen estar sometido a instrucións xerárquicas. Asígnaselle a competencia para fixar o prezo xusto nos procedementos de expropiación forzosa cando a Administración expropiante sexa a Comunidade Autónoma ou as entidades locais de ámbito territorial (art. 1 do decreto).

3. Funcións:

O artigo 2 do decreto atribúelle as seguintes funcións.

- A) A fixación en vía administrativa do prezo xusto expropiatorio en taxacións individuais, cando este non se conviñese libremente e por mutuo acordo entre a Administración e o particular.
- B) A fixación do prezo xusto expropiatorio nos procedementos de taxación conxunta, cando os interesados titulares de bens e dereitos formulasen oposición á valoración contida no proxecto de expropiación aprobado polo órgano competente.
- C) A fixación da contía das indemnizacións por ocupacións temporais e requisas.

4. Composición:

Segundo o artigo 4 do decreto, o Xurado de Expropiación Forzosa componse de presidente, os vogais e o secretario. Os membros débense abster de intervir, e poderán ser recusados nos supostos do artigo 28 da LRX-PAC.

- A) Presidente: Deberá ser licenciado en dereito, arquitecto ou enxeñeiro de recoñecido prestixio, con máis de 10 anos de experiencia profesional no sector público ou privado ou no exercicio libre da profesión. Será nomeado



e separado por decreto do Consello da Xunta, por proposta do titular da consellaría competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

- B) Vogais: Un asesor xurídico, que deberá pertencer á escala de letrados da Xunta de Galicia.
- C) Tres vogais, pertencentes ao corpo facultativo superior ao servizo da Xunta de Galicia, con titulación de arquitectura, enxeñaría agrónoma ou enxeñaría de montes.
- D) Un vogal, en representación da consellaría con competencias en facenda, por proposta dese departamento.
- E) Un técnico facultativo superior, do grupo A, designado pola Federación Galega de Municipios e Provincias.
- F) Un técnico facultativo superior, por proposta do Consello Galego de Consumidores e Usuarios, entre quen teña acreditada a condición de experto nas materias propias do ámbito competencial do xurado.
- G) Tres profesionais libres colexiados con acreditada competencia nas materias propias do ámbito competencial do xurado, en representación dos colexios profesionais de Galicia, designados polos seus presidentes. O vogal en representación dos colexios profesionais será un enxeñeiro agrónomo se se trata de predios rústicos; un enxeñeiro de camiños, canles e portos cando se trate de aproveitamentos hidráulicos ou outros bens propios da súa especialidade; un enxeñeiro de montes cando o principal aproveitamento do predio expropiado sexa forestal; un enxeñeiro de minas nos casos de expropiación de dereitos mineiros; un arquitecto superior cando a expropiación afecte a predios urbanos; un enxeñeiro industrial cando se trate de industrias en xeral; un economista cando a expropiación recaia sobre valores mobiliarios. Análogo criterio de especialidade se seguirá cando se trate de bens ou dereitos distintos dos indicados.
- H) Secretario: Actuará como secretario, con voz pero sen voto, un funcionario da Xunta de Galicia, pertencente ao corpo superior da Administración,

designado pola consellaría competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

- I) Cando a entidade expropiante sexa unha corporación local, poderá incorporarse ás sesións do xurado un representante por proposta desta, que asistirá con voz pero sen voto

5. Constitución:

O Pleno do Xurado reunirase logo de convocatoria do presidente, coa periodicidade que este acorde. Para que o pleno poida constituírse e adoptar acordos, será precisa a asistencia en primeira convocatoria de todos os membros e, na segunda, a do presidente, secretario e dous vogais, un deles pertencentes ao corpo superior facultativo con titulación de arquitectura, enxeñaría agrónoma ou enxeñaría de montes e outro que deberá ser dos designados polo Consello Galego de Consumidores e Usuarios ou polos colexios profesionais de Galicia. Para a aprobación dunha proposta, é necesario o voto favorable da maioría dos membros asistentes á sesión. En caso de empate, o presidente exercerá o seu voto de calidade.

6. Procedemento:

O procedemento ante o xurado iniciárase de oficio, mediante a remisión do expediente de prezo xusto pola Administración expropiante. O secretario do xurado distribuirá os expedientes, por razón da materia, entre as diferentes seccións, que serán tres e comprenderán as seguintes materias: expropiacións en solo rural, urbanizable e edificacións; expropiacións en solo rústico, e expropiacións de actividades industriais e económicas. As seccións elaborarán en cada expediente unha proposta motivada na que se valoren cantas probas e alegacións se incorporasen a este e enviaranlle ao Pleno do Xurado a correspondente proposta de acordo para a adopción da resolución que proceda. Unha vez constituído validamente o xurado en sesión plenaria, entrarase ao exame e debate das propostas de acordo elaboradas polas seccións. O pleno adoptará o seu acordo á vista das follas de valoración formuladas polos propietarios ou interesados, pola Administración ou polo beneficiario da expropiación e tendo en conta as peritaxes e probas achegadas ao expediente. A resolución do xurado adoptárase no prazo de 3 meses, contados desde a entrada no

registro do expediente completo. De non se adoptar acordo no prazo sinalado, as pretensións dos expropiados entenderanse desestimadas por silencio negativo. Os acordos do xurado poñen fin á vía administrativa e serán sempre motivados, facendo especial referencia aos criterios de valoración establecidos na lexislación expropiatoria ou sectorial para cada tipo de bens.

BIBLIOGRAFÍA:

AVOGACÍA DO ESTADO, *Manual de expropiación forzosa*, Thomson-Aranzadi.

CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo II.

GARCÍA DE ENTERRÍA, RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Editorial Civitas.

LÓPEZ NIETO Y MALLO, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, Editorial La Ley.

SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*. General II, Editorial Iustel.

TEMA NOVO REALIZADO POR ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO

LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 29

**AS PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS EN
XERAL. CLASES. OS BENS PATRIMONIAIS DA
ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E
RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS. O
DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA
XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.**

TEMA 29. AS PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS EN XERAL. CLASES. OS BENS PATRIMONIAIS DA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS. O DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.

I.1. O PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.

As administracións públicas dispoñen dos seus propios patrimonios para o cumprimento dos seus fins. Pero o concepto de patrimonio, que deriva do dereito privado (Código civil), no ámbito do dereito público vai ter importantes peculiaridades.

Así, de acordo co artigo 3.1 LPAP, de carácter *básico*, “o patrimonio das administracións públicas está constituído polo conxunto dos seus bens e dereitos, calquera que sexa a súa natureza e o título da súa adquisición ou aquel en virtude do cal lles fosen atribuídos”. Pero, a diferenza dos patrimonios dos suxeitos privados, neste conxunto de bens e dereitos non se deben incluír “o diñeiro, os valores, os créditos e os demais recursos financeiros da súa facenda nin, no caso das entidades públicas empresariais e entidades análogas dependentes das comunidades autónomas ou corporacións locais, os recursos que constitúen a súa tesouraría” (artigo 3.2 LPAP, tamén *básico*).

O artigo 9.1 LPAP, non básico, sinala que o Patrimonio do Estado está integrado “polo patrimonio da Administración xeral do Estado e os patrimonios dos organismos públicos que se encontren en relación de dependencia ou vinculación con esta”, pero, a pesar do pretendido carácter globalizador do termo “patrimonio do Estado” (utilizado nalgúns artigos da LPAP con finalidade puramente instrumental para permitir un tratamento legal conxunto deses patrimonios –como a competencia para o alleamento de bens mobles, artigo 142.1 LPAP-), a realidade é que a Administración xeral do Estado, e cada un dos seus organismos públicos dependentes ou vinculados, son titulares dos seus correspondentes patrimonios, e o mesmo vai suceder con respecto ás comunidades autónomas, a entidades que integran a Administración local, e os seus organismos públicos, dependentes ou vinculados, en relación aos seus correspondentes patrimonios.

I.2. A LEI DE PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

A LPAP 33/2003 consta de 197 artigos, repartidos nos seguintes títulos:

- Título preliminar: Disposicións xerais.

- Título I: Adquisición de bens e dereitos.
- Título II: Protección e defensa do patrimonio.
- Título III: Dos bens e dereitos públicos.
- Título IV: Uso e explotación dos bens e dereitos.
- Título V: Xestión patrimonial.

-Título VI: Coordinación e optimización da utilización dos edificios administrativos.

- Título VII: Patrimonio empresarial da Administración xeral do Estado.
- Título VIII: Relacións interadministrativas.
- Título IX: Réxime sancionador.

Ademais, consta de vinte e seis disposicións adicionais, cinco transitorias, unha derogatoria e seis derradeiras, destacando a súa disposición derradeira 2ª LPAP que fai unha listaxe dos artigos da propia LPAP que teñen un carácter básico e cales son de aplicación xeral. Os primeiros poderán ser desenvolvidos polas comunidades autónomas nas súas propias normativas, pero sen contradicilos, mentres que os segundos se aplican directamente sen poder ser obxecto de tal desenvolvemento. Neste tema é conveniente sinalar que artigos son básicos, ou de aplicación xeral, fronte aos que non teñan algún destes caracteres, para efectos de entendelos aplicables a todas as administracións pública/s (incluíndo a Comunidade Autónoma de Galicia e o seu propio patrimonio) ou esencialmente á Administración xeral do Estado. Cando se indique que o artigo é “non básico”, débese entender que non soamente non é básico, senón tampouco de aplicación xeral.

Deberá terse en conta igualmente a LEI 5/2011, do 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia que será estudada no tema 33 do programa.

II. CLASES DE PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS.

A distinción básica dos bens e dereitos que conforman o patrimonio de cada Administración pública vén determinada polos artigos 4, 5 e 7 LPAP:

O artigo 4 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que “por razón do réxime xurídico a que están suxeitos os bens e dereitos que integran o patrimonio das administracións públicas

poden ser de dominio público ou demaniais e de dominio privado ou patrimoniais”.

Segundo o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, son bens e dereitos de dominio público os que, sendo de titularidade pública, se encontren afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais.

De acordo co artigo 7.1 LPAP, de *aplicación xeral*, son bens e dereitos de dominio privado ou patrimoniais os que, sendo de titularidade das administracións públicas, non teñan o carácter de demaniais.

III. OS BENS PATRIMONIAIS DA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS.

III.1. SIMILITUDE DE REGULACIÓN DOS BENS PATRIMONIAIS E DEMANIAIS.

O Código civil de 1889 xa prevía a distinción entre bens demaniais e patrimoniais, entendendo que os bens patrimoniais das administracións públicas se rexerían polas normas que o propio Código civil prevía para os bens dos particulares, mentres que os bens de dominio público se rexerían por normas especiais configuradoras dun réxime exorbitante e distinto ao civil.

A especialidade deste réxime exorbitante consistiría, como sinala Parada Vázquez:

- Por un lado, no establecemento de limitacións que se impoñen á Administración para o manexo dos seus bens, como pode ser a inalienabilidade destes.
- Por outro lado, no outorgamento de poderes privilexiados, para a súa protección e defensa, como as potestades de deslindamento, reintegro posesorio ou desafiuamento.

No entanto, a lexislación posterior tamén foi asignando limitacións e facultades especiais deste tipo aos bens e dereitos patrimoniais da Administración, equiparables moitas delas ás dos bens demaniais, creando un réxime coincidente nalgúns aspectos (réxime común) ao lado de exorbitancias particulares de cada un dos dous tipos de bens e dereitos.

A LPAP veu recoller esta tendencia, dando en xeral un tratamento unitario a ambas as clases de bens e soamente distinguindo os bens patrimoniais ou demaniais en certos

aspectos concretos (no caso dos demaniais, para atribuírlles un réxime aínda máis exorbitante que aos bens patrimoniais).

III.2. PARTICULARIDADES DO RÉXIME DOS BENS PATRIMONIAIS.

O artigo 7.1 LPAP, de *aplicación xeral*, achega unha definición negativa, ao sinalar que “son bens e dereitos de dominio privado ou patrimoniais os que, sendo de titularidade das administracións públicas, non teñan o carácter de demaniais”.

O artigo 7.2 LPAP, non básico, sinala que, en todo caso, terán a consideración de patrimoniais da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos:

- Os dereitos de arrendamento.
- Os valores e títulos representativos de accións e participacións no capital de sociedades mercantís (como Navantia) ou de obrigacións emitidas por estas.
- Os contratos de futuros e opcións (acordo de comprar ou vender no futuro a un prezo prefixado) cuxo activo subxacente (o obxecto do contrato) estea constituído por accións ou participacións en entidades mercantís.
- Os dereitos de propiedade incorporal (dereito de patente, dereitos de autor...), e
- Os dereitos de calquera natureza que se deriven da titularidade dos bens e dereitos patrimoniais.

Tamén sen carácter *básico*, o artigo 7.3 LPAP establece que o réxime de adquisición, administración, defensa e alleamento dos bens e dereitos patrimoniais será: 1) O previsto na LPAP e nas disposicións que a desenvolvan ou complementen. 2) Supletoriamente, aplicaranse as normas do dereito administrativo (como a Lei 30/1992), en todas as cuestións relativas á competencia para adoptar os correspondentes actos e ao procedemento que se deba seguir para iso, e as normas do dereito privado (o Código civil, principalmente) no que afecte os restantes aspectos do seu réxime xurídico.

O artigo 8.1 LPAP, de carácter *básico*, dispón que a xestión e administración dos bens e dereitos patrimoniais polas administracións públicas se axustarán aos seguintes principios:

- Eficiencia e economía (aforro) na súa xestión.

Eficacia e rendibilidade na explotación destes bens e dereitos.

Publicidade, transparencia, concorrência e obxectividade na adquisición, explotación e alleamento destes bens.

Identificación e control a través de inventarios ou rexistros adecuados.

Colaboración e coordinación entre as diferentes administracións públicas, co fin de optimizar a utilización e o rendemento dos seus bens.

O artigo 8.2 LPAP, non básico, engade que, en todo caso, a xestión dos bens patrimoniais deberá coadxuvar (contribuír) ao desenvolvemento e execución das distintas políticas públicas en vigor e, en particular, ao da política de vivenda, en coordinación coas administracións competentes.

O artigo 12.1 LPAP, non básico, sinala que a representación da Administración xeral do Estado nas actuacións relativas aos seus bens e dereitos patrimoniais corresponde ao Ministerio de Facenda, que a exercerá a través da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado e as Delegacións de Economía e Facenda. A representación da Administración xeral do Estado en materia patrimonial, que corresponde ao ministro de Facenda, exercerase no exterior por medio do representante diplomático, que poderá delegala de maneira expresa en funcionarios da correspondente embaixada ou representación.

O artigo 12.2 LPAP, non básico, engade que a representación dos organismos públicos vinculados á Administración xeral do Estado nas actuacións relativas aos seus bens e dereitos patrimoniais lles corresponderá aos órganos que legal ou estatutariamente a teñan atribuída e, en defecto de atribución expresa, aos seus presidentes ou directores.

O artigo 30.2 LPAP, de *aplicación xeral*, establece que os bens e dereitos patrimoniais poderán ser alleados seguindo o procedemento e logo de cumprimento dos requisitos legalmente establecidos. De igual forma, estes bens e dereitos poderán ser obxecto de prescrición adquisitiva ("usucapión") por terceiros de acordo co disposto no Código civil e nas leis especiais.

O artigo 30.3 LPAP, sen carácter *básico*, sinala que ningún tribunal nin autoridade administrativa poderá ditar providencia de embargo nin despachar mandamento de execución contra os bens e dereitos patrimoniais:

- Cando se encontren materialmente afectados un servizo público ou unha función pública (caso xa comentado con anterioridade),

- Cando os seus rendementos ou o produto do seu alleamento estean legalmente afectados a fins determinados (como sería o caso dunha propiedade incautada a un narcotraficante cuxos rendementos se destinan á loita contra a drogodependencia), ou

- Cando se trate de valores ou títulos representativos do capital de sociedades estatais que executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral (como Navantia).

O cumprimento das resolucións xudiciais que determinen obrigacións a cargo da Administración xeral do Estado ou os seus organismos efectuarase de conformidade co disposto nos artigos 23 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, e 106 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

A diferenza dos particulares que, en caso de despozo da posesión dos seus bens, teñen que acudir á vía xudicial para recuperala, o artigo 55.1 LPAP, de carácter *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio.

Como indica o artigo 55.3 LPAP, tamén de carácter *básico*, se se trata de bens e dereitos patrimoniais, a recuperación da posesión en vía administrativa require que a iniciación do procedemento fose notificada antes de que transcorra o prazo dun ano, contado desde o día seguinte ao da usurpación. Iso si, pasado o dito prazo, para recuperar a posesión destes bens deberán exercerse as accións correspondentes ante os órganos da orde xurisdicional civil, como tería que facer calquera particular no mesmo caso.

Os artigos 110 a 154 LPAP regulan a xestión patrimonial dos bens patrimoniais:

O artigo 110.1 LPAP, non básico, establece que os contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre bens e dereitos patrimoniais se rexerán: a) En canto á súa preparación e adxudicación, por estalei e as súas disposicións de desenvolvemento e no non previsto nestas normas, pola lexislación de contratos das administracións públicas. b) Os seus efectos e extinción rexeranse por esta lei e as normas de privado.

Pola súa parte, o punto 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 110 LPAP dispón que a orde xurisdicional civil será o competente para resolver as controversias que xurdan sobre estes contratos entre as partes. Non obstante, consideraranse actos xurídicos separables os que se diten en relación coa súa preparación e adxudicación e, en consecuencia,

poderán ser impugnados ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativo de acordo coa súa normativa reguladora (co que a competencia da orde xurisdiccional civil queda reservada para os actos ditados en relación cos efectos e a extinción destes contratos).

Segundo o artigo 111 LPAP, non básico, os contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre os bens e dereitos patrimoniais están suxeitos ao principio de liberdade de pactos. A Administración pública poderá, para a consecución do interese público, concertar as cláusulas e condicións que teña por conveniente, sempre que non sexan contrarias ao ordenamento xurídico (principio de legalidade), ou aos principios de boa administración (como a eficacia e a eficiencia).

En canto ao arrendamento de inmobles, o artigo 122 LPAP, non básico, indica que compete ao ministro de Facenda arrendar os bens inmobles que a Administración xeral do Estado precise para o cumprimento dos seus fins, por petición, se é o caso, do departamento interesado. Igualmente, compete ao ministro de Facenda declarar a prórroga, novación, resolución anticipada ou cambio de órgano ou organismo ocupante. A instrución destes procedementos corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado. Unha vez concertado o arrendamento, corresponderá ao departamento ou organismo que ocupe o inmovible o exercicio dos dereitos e facultades (o disfrute do inmovible, principalmente) e o cumprimento das obrigacións propias do arrendatario (como, por exemplo, o pagamento do alugueiro).

En canto á conservación dos bens e dereitos patrimoniais, segundo o artigo 130.1 LPAP, non básico, a conservación dos bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado compete á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado a través das delegacións de Economía e Facenda.

Respecto do alleamento e gravame, o artigo 131 LPAP, non básico, sinala que os bens e dereitos patrimoniais do patrimonio do Estado que non sexan necesarios para o exercicio das competencias e funcións propias da Administración xeral do Estado ou dos seus organismos públicos poderán ser alleados conforme as normas establecidas neste capítulo (ademais, de non ser necesarios, non debe resultar conveniente a súa explotación, xa que o artigo 138 LPAP, non básico, dá a entender a preferencia da explotación sobre a venda).

Non obstante, poderá acordarse o alleamento de bens do patrimonio do Estado con

reserva do uso temporal destes cando, por razóns excepcionais, debidamente xustificadas, resulte conveniente para o interese público (isto permite á Administración obter o diñeiro do alleamento, sen por iso perder o uso –aínda que temporal- do ben). Esta utilización temporal poderá instrumentarse a través da celebración de contratos de arrendamento ou calquera outro que habilite para o uso dos bens alleados, simultáneos ao negocio de alleamento e sometidos ás mesmas normas de competencia e procedemento que este.

O artigo 132 LPAP, non básico, indica que o alleamento dos bens e dereitos do patrimonio do Estado se poderá efectuar en virtude de calquera negocio xurídico translativo, típico ou atípico, de carácter oneroso. O alleamento a título gratuito soamente será admisible nos casos en que se acorde a súa cesión conforme os artigos 145 a 151 LPAP, referentes á cesión gratuita de bens ou dereitos.

De acordo co artigo 137.1 LPAP o alleamento dos inmobles poderá realizarse mediante concurso, poxa ou adxudicación directa, sendo o concurso o procedemento ordinario, segundo reza os puntos 1 e 2, non básicos, do artigo 137.

Polo que respecta á cesión gratuita de bens ou dereitos patrimoniais, o artigo 145 LPAP, non básico, sinala que os bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado cuxa afectación ou explotación non se xulgue previsible poderán ser cedidos gratuitamente, para a realización de fins de utilidade pública ou interese social da súa competencia, a comunidades autónomas, entidades locais, fundacións públicas (como a Fundación Semana Verde de Galicia) ou asociacións declaradas de utilidade pública (como a Asociación Coruñesa de Esclerose Múltiple, ou a Asociación Galega contra as Enfermidades Neuromusculares).

Igualmente, estes bens e dereitos poderán ser cedidos a Estados estranxeiros e organizacións internacionais (como a ONU), cando a cesión se efectúe no marco de operacións de mantemento da paz, cooperación policial ou axuda humanitaria e para a realización de fins propios destas actuacións.

A cesión poderá ter por obxecto a propiedade do ben ou dereito ou soamente o seu uso. En ambos os casos, a cesión levará aparellada para o cesionario a obrigação de destinar os bens ao fin (a cesión sempre ten un carácter finalista) expresado no correspondente acordo. Adicionalmente, esta transmisión poderá suxeitarse a condición, termo ou modo, que se rexerán polo disposto no Código civil.

Cando a cesión teña por obxecto a propiedade do ben ou dereito soamente poderán ser cesionarias as comunidades autónomas, entidades locais ou fundacións públicas.

En canto á permuta de bens e dereitos, segundo o artigo 153 LPAP, non básico, os bens e dereitos do patrimonio do Estado poderán ser permutados cando por razóns debidamente xustificadas no expediente resulte conveniente para o interese público, e a diferenza de valor entre os bens ou dereitos que se trate de permutar, segundo taxación, non sexa superior ao 50 % dos que o teñan maior (por tanto, cabería permutar, pola súa contía, un terreo valorado en 10.000 € por outro de 5.000 €, pagándose a diferenza en diñeiro). Se a diferenza fose maior, o expediente tramitarase como alleamento con pagamento de parte do prezo en especie (sería o caso no que o terreo mencionado, en vez de 5.000 €, tivese un valor de 3.000 ó 4.000 €). A permuta poderá ter por obxecto edificios a construír.

III.3. RÉXIME COMÚN DOS BENS PATRIMONIAIS E DEMANIAIS.

A definición que achega o artigo 9.1 LPAP, non básico, abarca tanto bens patrimoniais como a demaniais: o patrimonio do Estado está integrado polo patrimonio da Administración xeral do Estado e os patrimonios dos organismos públicos que se encontren en relación de dependencia ou vinculación con esta.

Tamén incluíamos neste grupo as disposicións referidas a desconcentración, avocación, representación en xuízo, coordinación e colaboración, nos artigos 11, 12.3, 13 e 14 LPAP, non básicos.

1. A adquisición de bens e dereitos.

O artigo 16 LPAP, non básico, indica que os bens e dereitos da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos se entenden adquiridos co carácter de patrimoniais, sen prexuízo da súa posterior afectación ao uso xeral ou ao servizo público.

Segundo o artigo 15 LPAP, de *aplicación xeral*, as Administracións públicas poderán adquirir bens e dereitos por calquera dos modos previstos no ordenamento xurídico e, en particular, polos seguintes:

- Por atribución da lei.

A título oneroso, con exercicio ou non da potestade de expropiación.

Por herdanza, legado ou doazón.

Por prescripción.

Por ocupación.

- Por atribución da lei: como sinala Ramón Parada, a adquisición por lei comprendería o caso das leis singulares expropiativas (caso Rumasa, LEI 7/1983, do 19 de xuño), os supostos de cesión obrigatoria establecidos en leis xerais (cesións urbanísticas, e en particular, os terreos necesarios para viaxes, prazas e servizos), ou as cualificacións de xéneros completos de propiedades ou facultades do dereito de propiedade como de dominio público (como fixo a Lei 29/1985, do 2 de agosto, de augas, que cualificou de dominio público as augas subterráneas).

Os números 1 e 2 do artigo 17 LPAP, de *aplicación xeral*, engaden outro suposto, ao sinalar que pertencen á Administración xeral do Estado os inmobles que carecen de dono (son os chamados “bens sen dono”). A adquisición destes bens producirase por ministerio da lei, sen necesidade de que medie acto ou declaración ningunha por parte da Administración xeral do Estado. O mesmo artigo 17 LPAP termina sinalando, nos seus números 3 e 4, tamén de *aplicación xeral*, que a Administración xeral do Estado poderá tomar posesión dos bens así adquiridos en vía administrativa, sempre que non estivesen sendo posuídos por ninguén a título de dono, e sen prexuízo dos dereitos de terceiro. Ademais, e existise un posuidor en concepto de dono, a Administración xeral do Estado deberá iniciar a acción que corresponda ante os órganos da orde xurisdiccional civil.

Outro suposto é o dos saldos e depósitos abandonados, recollido no artigo 18 LPAP, de *aplicación xeral*, que indica que corresponden á Administración xeral do Estado os valores, diñeiro e demais bens mobles depositados na Caixa Xeral de Depósitos e en entidades de crédito, sociedades ou axencias de valores ou calquera outra entidade financeira, así como os saldos de contas correntes, cadernos de aforro ou outros instrumentos similares abertos nestes establecementos, respecto dos cales os interesados non practicasen ningunha xestión que implique o exercicio do seu dereito de propiedade no prazo de 20 anos.

- A título oneroso e de carácter voluntario: o artigo 19 LPAP, non básico, establece que as adquisicións de bens e dereitos a título oneroso (non gratuíto) e de carácter

voluntario (como sería o caso dunha compravenda) se rexerán polas disposicións da LPAP e supletoriamente polas normas do dereito privado, civil ou mercantil.

De acordo co artigo 115.1 LPAP, non básico, para a adquisición de bens ou dereitos, a Administración poderá concluír calquera contrato, típico (como a compravenda) ou atípico (como o *leasing* ou arrendamento financeiro).

En canto á adquisición de inmobles ou dereitos sobre estes, o artigo 116.1 LPAP, non básico, sinala que no ámbito da Administración xeral do Estado, a competencia para adquirir a título oneroso bens inmobles ou dereitos sobre estes corresponde ao ministro de Facenda. A tramitación do procedemento corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado.

Con respecto aos bens mobles, o artigo 120.1 LPAP, non básico, sinala que a adquisición de bens mobles pola Administración xeral do Estado ou os seus organismos autónomos se rexerá pola lexislación que regula a contratación das administracións públicas (en esencia, contrato de subministracións).

O artigo 121.1 LPAP, non básico, establece que a adquisición dos dereitos de propiedade incorporal pola Administración xeral do Estado a efectuará o ministro de Facenda, por proposta, se é o caso, do titular do departamento interesado nesta. O número 4, de carácter *básico*, deste artigo indica que cando a adquisición de dereitos de propiedade incorporal teña lugar en virtude de contratos administrativos (como sería o caso, por exemplo, dun contrato de servizos para o deseño dunha nova imaxe corporativa do INSALUD ou do SERGAS), se aplicará o disposto na lexislación de contratos das administracións públicas. A adquisición destes dereitos por medio de convenios de colaboración (por exemplo, cunha universidade) axustarase ás súas normas especiais e ao establecido nos propios convenios.

▪ Por herdanza, legado ou doazón: o artigo 20 LPAP establece normas especiais sobre adquisicións hereditarias. O seu número 1, non básico, sinala que a aceptación das herdanzas, xa fosen deferidas testamentariamente ou en virtude de lei, se entenderá feita sempre a beneficio de inventario (o que terá como principal efecto, de acordo co artigo 1023 CC, que as Administracións públicas non quedan obrigadas ao pagamento das débedas e demais cargas da herdanza senón ata onde alcancen os bens desta). Os números 2 e 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 20 LPAP, sinalan que cando unha

disposición gratuíta se efectuase a favor dunha Administración pública para o cumprimento de fins ou a realización de actividades que sexan da competencia exclusiva doutra, se notificará a existencia de tal disposición á Administración competente co fin de que sexa aceptada, se é o caso, por esta. Se a disposición se efectuase para a realización de fins de competencia das administracións públicas sen designación precisa do beneficiario, entenderase efectuada a favor da Administración competente e, de haber varias con competencias concorrentes, a favor da de ámbito territorial superior de entre aquelas a que puidese corresponder por razón do domicilio do causante.

O artigo 21 LPAP, non básico, sinala no seu punto 1 que corresponde ao ministro de Facenda aceptar as herdanzas, legados e doazóns a favor da Administración xeral do Estado, salvo os casos en que, de acordo coa Lei do patrimonio histórico español, a competencia estea atribuída ao ministro de Educación, Cultura e Deporte. Non obstante, as doazóns de bens mobles serán aceptadas polo ministro titular do departamento competente cando o doante sinalase o fin a que se deben destinar.

- Por prescripción: de acordo co artigo 22 LPAP, de *aplicación xeral*, as administracións públicas poderán adquirir bens por prescripción adquisitiva (“usucapión”, é dicir, adquisición da propiedade ou dun dereito real mediante o seu exercicio nas condicións e durante o tempo previsto pola lei) de acordo co establecido no Código civil (artigos 1940 a 1960 CC) e nas leis especiais.

- Por ocupación: o artigo 23 LPAP, de *aplicación xeral*, indica que a ocupación de bens mobles (tesouros, caza, pesca...) polas administracións públicas se regulará polo establecido no Código civil (artigos 610 a 617 CC) e nas leis especiais (Lei de patrimonio histórico español, leis de caza e pesca...).

Os artigos 25 e 26 LPAP, non básicos, pola súa parte, aluden a adxudicacións de bens e dereitos en procedementos xudiciais ou administrativos, que se producen en pagamento de débedas (xeralmente, por impostos ou multas impagadas).

2. Obrigación de protexer e defender o patrimonio.

O artigo 28 LPAP, *básico*, sinala que as administracións públicas están obrigadas a protexer e defender o seu patrimonio. Para tal fin, protexerán adecuadamente os bens e dereitos que o integran, procurarán a súa inscrición rexistral e exercerán as potestades

administrativas e accións xudiciais que sexan procedentes para iso.

Con respecto ao deber de custodia, o artigo 29.1 LPAP, non básico, establece que os titulares dos órganos competentes que teñan ao seu cargo bens ou dereitos do patrimonio do Estado están obrigados a velar pola súa custodia e defensa, nos termos establecidos neste título. O seu punto 2, *básico*, engade que iguais obrigacións competen aos titulares de concesións e outros dereitos sobre os bens de dominio público.

3. Transacción e sometemento a arbitraje.

O artigo 31 LPAP, non básico, indica que non se poderá transixir (“consentir en parte co que non se cre xusto, razoable ou verdadeiro, co fin de acabar cunha diferenza”) xudicial nin extraxudicialmente sobre os bens e dereitos do patrimonio do Estado, nin someter a arbitraje as contendas que se susciten sobre estes, senón mediante real decreto acordado en Consello de Ministros, por proposta do de Facenda, logo de ditame do Consello de Estado en pleno.

4. Inventario de bens e dereitos.

O artigo 32.1 LPAP, *básico*, establece que as administracións públicas están obrigadas a inventariar os bens e dereitos que integran o seu patrimonio (por conseguinte, tanto os seus bens patrimoniais como os demaniais), facendo constar, co suficiente detalle, as mencións necesarias para a súa identificación e as que resulten precisas para reflectir a súa situación xurídica e o destino ou uso a que están sendo dedicados.

O seu punto 4, tamén *básico*, sinala que o inventario patrimonial das comunidades autónomas, entidades locais e entidades de dereito público vinculadas ou dependentes delas incluírá, ao menos, os bens inmobles e os dereitos reais sobre estes.

A imposición deste deber ás administracións é relativamente recente, pois, sobre todo en relación cos bens de dominio público (pénsese na zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental), a ostensibilidade da súa existencia parecía non facelo necesario. En canto se constatou que con certos bens (como os montes públicos) podería haber problemas en canto á definición da súa titularidade empezou a implantarse a súa obrigatoriedade.

5. O réxime rexistral.

O artigo 36.1 LPAP establece claramente que as administracións públicas deben

inscribir nos correspondentes rexistros (esencialmente, o de propiedade) os bens e dereitos do seu patrimonio, xa sexan demaniais ou patrimoniais, que sexan susceptibles de inscrición, así como todos os actos e contratos referidos a eles que poidan ter acceso aos ditos rexistros. Non obstante, a inscrición será potestativa para as administracións públicas no caso de arrendamentos inscristibles conforme a lexislación hipotecaria.

6. Defensa dos patrimonios públicos.

O artigo 41 LPAP, *básico*, sinala que para a defensa do seu patrimonio, as administracións públicas terán as seguintes facultades e prerrogativas:

- a. Investigar a situación dos bens e dereitos que presumiblemente pertencen ao seu patrimonio.
- b. Deslindar en vía administrativa os inmobles da súa titularidade.
- c. Recuperar de oficio a posesión indebidamente perdida sobre os seus bens e dereitos.
- d. Desafiuza en vía administrativa os posuidores dos inmobles demaniais, unha vez extinguido o título que amparaba a tenza.

2. O coñecemento das cuestións de natureza civil que se susciten con ocasión do exercicio pola Administración de potestades corresponderá aos órganos desta orde xurisdiccional.

3. As entidades públicas empresariais dependentes da Administración xeral do Estado ou vinculadas a ela e as entidades asimilables ás anteriores vinculadas ás administracións das comunidades autónomas e corporacións locais soamente poderán exercer as potestades enumeradas no punto 1 deste artigo para a defensa de bens que teñan o carácter de demaniais.

O artigo 43 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que fronte ás actuacións que, en exercicio das facultades e potestades enumeradas no artigo 41 desta lei e de acordo co procedemento establecido, realicen as administracións públicas non caberá a acción para a tutela sumaria da posesión (os antigos interditos posesorios, que agora se substitúen por xuízos verbais, e que teñen por obxecto determinar quen é o posuidor lexítimo do ben de forma provisional) prevista no artigo 250.4 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil. As demandas nas que se exerce esta pretensión non serán admitidas a

trámite.

Os actos administrativos ditados nos procedementos que se sigan para o exercicio destas facultades e potestades que afecten titularidades e dereitos de carácter civil soamente poderán ser recorridos ante a xurisdición contencioso-administrativa por infracción das normas sobre competencia (por exemplo, o órgano que practicou o deslindamento non era o competente) e procedemento (por exemplo, non se publicou no BOE nin no taboleiro de edictos do concello o inicio do procedemento de deslindamento, ou no procedemento de recuperación de oficio, non se deu audiencia ao interesado ou non se lle deu un prazo de oito días para que cese na súa usurpación posesoria), logo de esgotamento da vía administrativa.

Aqueles que se consideren prexudicados en canto ao seu dereito de propiedade ou outros de natureza civil polos ditos actos poderán exercer as accións pertinentes ante os órganos da orde xurisdicional civil, logo de reclamación en vía administrativa conforme as normas do título VIII da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

O artigo 45 LPAP, *básico*, establece que as administracións públicas teñen a facultade (igual que calquera outro propietario) de investigar a situación dos bens e dereitos que presumiblemente formen parte do seu patrimonio, co fin de determinar a titularidade destes cando esta non lles conste de modo certo.

A LPAP alude a esta potestade de deslindamento no artigo 50, de carácter *básico*, que establece que as administracións públicas poderán deslindar os bens inmoables do seu patrimonio doutros pertencentes a terceiros cando os límites entre eles sexan imprecisos ou existan indicios de usurpación, e como expresión do principio de autotutela, sinala que, unha vez iniciado o procedemento administrativo de deslindamento e mentres dure a súa tramitación, non se poderá instar procedemento xudicial con igual pretensión.

Como vimos anteriormente, o artigo 55 LPAP, *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio, con certas diferenzas segundo o ben sexa demanial ou patrimonial, como se indica nos seus puntos respectivos.

7. Cooperación na defensa dos patrimonios.

Os artigos 61 a 64 LPAP regulan a cooperación na defensa dos patrimonios públicos; destacan os dous primeiros, de carácter *básico*, que regulan a colaboración do persoal ao servizo da Administración e a colaboración cidadá.

IV. O DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.

Tal como vimos, o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que “son bens e dereitos de dominio público os que, sendo de titularidade pública, se encontren afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais”. O número 2, tamén de *aplicación xeral*, sinala que “son bens de dominio público estatal, en todo caso, os mencionados no artigo 132.2 da Constitución”, que se mencionarán máis adiante.

1. Afectados ao uso xeral.

O artigo 339.1 CC sinala que son bens de dominio público “os destinados ao uso público, como os camiños, canles, ríos, torrentes, portos e pontes construídos polo Estado, as ribeiras, praias, radas e outros análogos”, e o artigo 344 CC que “son bens de uso público, nas provincias e as aldeas, os camiños provinciais e os veciñais, as prazas, rúas, fontes e augas públicas, os paseos e as obras públicas de servizo xeral, custeadas polas mesmas aldeas ou provincias”.

Pola súa parte, o artigo 74 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL) establece que “son bens de uso público local os camiños e estradas, prazas, rúas, paseos, parques, augas, fontes, canles, pontes e demais obras públicas de aproveitamento ou utilización xerais cuxa conservación e policía sexan da competencia da entidade local”.

Tamén no ámbito local, o artigo 3.1 do Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais (RBEL) establece que son bens de uso público local os camiños, prazas, rúas, paseos, parques, augas de fontes e estanques, pontes e demais obras públicas de aproveitamento ou utilización xerais cuxa conservación e policía sexan da competencia da entidade local.

2. Afectados ao servizo público.

O termo “servizo público”, como sinala Parada Vázquez, seguiu unha evolución en canto ao seu significado:

- O Código civil de 1889 adoptou unha concepción restritiva, por canto soamente facía mención de bens afectados ao servizo público pertencentes ao Estado (e non a outras administracións), e o servizo público prestado soamente se refería á defensa nacional (“murallas, fortalezas e demais obras de defensa do territorio”, artigo 339.2 CC; tamén 341 CC).

- O TRRL de 1986 veu ampliar esta concepción ao prever no seu artigo 74.2 que “son bens de servizo público os destinados ao cumprimento de fins públicos de responsabilidade das entidades locais, tales como casas do concello, palacios provinciais e, en xeral, edificios que sexan sede destas, matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos, así como os montes catalogados de propiedade provincial”.

No mesmo sentido, o artigo 4 RBEL de 1986 indica que “son bens de servizo público os destinados directamente ao cumprimento de fins públicos de responsabilidade das entidades locais, tales como casas do concello, palacios provinciais e, en xeral, edificios que sexan destas, matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos, montes catalogados, escolas, cemiterios, elementos de transporte, piscinas e campos de deporte, e, en xeral, calquera outro ben directamente destinado á prestación de servizos públicos ou administrativos”.

- A LPAP de 2003, pola súa parte, non establece ningún condicionamento ao servizo público referido, co que asume unha concepción ampla que afecta, en canto á titularidade, calquera Administración, e en canto ao obxecto, a totalidade das funcións administrativas típicas, sen que se exixa unha especial idoneidade ou unha especial conexión do ben co servizo público correspondente (tal como sucede en Francia), considerándose igualmente demaniais a mesa dun funcionario, un coche de policía ou un mísil do exército.

3. Aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais.

O artigo 132.2 CE sinala que “son bens de dominio público estatal os que determine a lei e, en todo caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental”.

Pola súa parte, o artigo 5.3 LPAP, non básico, indica que “os inmobles de titularidade da Administración xeral do Estado ou dos organismos públicos vinculados a ela ou dependentes desta en que se aloxen servizos, oficinas ou dependencias dos seus órganos ou dos órganos constitucionais do Estado (como o Tribunal Constitucional ou o Defensor do Pobo) se considerarán, en todo caso, bens de dominio público”, referencia quizais innecesaria, en canto que estes bens xa se consideran de dominio público pola súa afectación a un servizo público.

Ademais, o artigo 66.1.e) LPAP, non básico, considera afectados os bens mobles necesarios para o desenvolvemento dos servizos públicos ou para a decoración de dependencias oficiais.

Entrando no que vén chamándose lexislación sectorial, Santamaría Pastor fai unha relación dos bens cualificados como demaniais pola vixente lexislación estatal:

- O dominio público aeroportuario (Lei 48/1960, do 21 de xullo, sobre navegación aérea).
- As minas (artigo 2 da Lei 22/1973, do 21 de xullo, de minas).
- As estradas, autovías e autoestradas e as súas franxas anexas (artigo 21 da Lei 25/1988, do 29 de xullo, de estradas).
- O dominio público portuario (artigo 67 do Real decreto legislativo 2/2011, do 5 de setembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de portos do Estado e da mariña mercante.)
- As vías pecuarias (artigo 2 da Lei 3/1995, do 23 de marzo, de vías pecuarias).
- O dominio público hidráulico (artigo 2 do Real decreto legislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas).
- O espectro radioeléctrico (artigo 60 da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de telecomunicacións.)
- O dominio público ferroviario (artigo 12 e 13 da Lei 38/2015, do 29 de setembro, do sector ferroviario).
- Os montes de dominio público (artigo 12.1 da Lei 43/2003, do 21 de novembro, de montes).

En canto á NATUREZA XURÍDICA DO DOMINIO PÚBLICO: o Código Napoleónico de 1804 indicaba que os bens demaniais “non son susceptibles de propiedad privada”, o que levou aos autores da época a entender que o dominio público non supoñía realmente o exercicio dun dereito de propiedade, senón dun poder de soberanía, ou de policía, garda ou vixilancia.

A Escola do Servizo Público (León Duguit e Gastón Jeze) entendeu innecesaria a consideración do dominio público como unha propiedade. Ao seu xuízo, o criterio de competencia chegaba para explicar as facultades e prerrogativas da Administración sobre esta clase de bens.

Foi Maurice Hauriou, coetáneo dos anteriores, o que en 1892 defendeu a consideración do dominio público como unha modalidade do dereito real de propiedade, tese seguida pola xurisprudencia francesa e asumida pola nosa Lei do patrimonio do Estado de 1964, que fai referencia, no seu artigo 1, aos “bens *propiedad* do Estado que teñen a consideración de demaniais”, mentres que o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, fala de *titularidade* pública, na medida en que abarca tanto bens como dereitos.

A xuízo de Parada Vázquez, ningunha tese resolve satisfactoriamente o debate, pero, ao seu xuízo, a que entendo dominio público como unha propiedade serviu tanto para establecer un réxime de protección e seguridade xurídica (acceso a rexistros, accións defensivas, deslindamento...), encaixables no concepto de propiedade, como para que os particulares poidan formular cuestións de propiedade ante os tribunais civís (que son os exclusivamente competentes para tratar cuestións de propiedade, artigo 9.4 LOPX).

Pola súa parte, Santamaría Pastor entende que a cualificación de dereito de propiedade encaixa ben con respecto aos bens afectados aos servizos públicos, pero non con respecto ao chamado *demanio natural* (é dicir, os bens cuxas condicións físicas non son similares a outros bens de propiedade privada, como os ríos, o espazo aéreo, a zona marítimo-terrestre...), para o que o dominio público se concibe máis ben como un título xurídico público de intervención, e engade que a razón principal de atribuír a súa titularidade aos entes públicos é a de excluír a súa apropiación por particulares e evitar a súa desnaturalización.

Respecto aos ELEMENTOS DO DOMINIO PÚBLICO: suxeitos, obxecto e destino

1. Suxeitos: o noso Código civil, de 1889, soamente prevía, como titulares dos bens de dominio público, ao Estado, as provincias e as aldeas, polo que a doutrina entendeu que soamente os entes territoriais (entre os que, hoxe en día, habería que incluír ás CCAA) podían ser titulares destes bens, e non os entes instrumentais (organismos públicos, como o SERGAS, a EGAP ou a AGASP).

Tanto as normas sectoriais como a LPAP desmenten esta tese, previndo expresamente que os organismos públicos poidan tamén ser titulares tanto de bens como de dereitos demaniais.

2. Obxecto: o artigo 5.1 LPAP, de carácter xeral, menciona tanto os bens como os dereitos, para efectos da súa consideración como demaniais:

- En canto aos bens, estes poden ser tanto inmobles (un edificio administrativo ou unha estrada) como mobles (un cadro de Velázquez ou unha arma do exército).

- Con respecto aos dereitos, o normal será o dereito de propiedade, aínda que tamén se abre a posibilidade de incluír dereitos sobre cousa allea, como as servidumes, cumprindo sempre cos requisitos de afectación ou mención legal que exige o citado artigo 5.1 LPAP. Dentro do dereito de propiedade, hai que incluír o dereito de propiedade industrial ou intelectual -como o do Estado sobre o himno nacional-.

3. Destino: facer referencia ao destino ou fin dos bens e dereitos demaniais obriga a analizar o concepto xurídico da afectación, incluíndo neste termo tanto a vinculación do ben ou dereito a un uso xeral ou servizo público, como a inclusión do ben ou dereito na categoría de demanial por atribución dunha lei (artigos 65 e 66.1 LPAP).

Neste sentido amplo, a afectación pode producirse:

A) Por vía legal: neste suposto, unha norma de rango de lei atribúe expresamente o carácter de demaniais a unha determinada categoría de bens, como pode ser a Lei de estradas con respecto ás estradas estatais. Neste tipo de afectación debe incluírse o caso de afectación constitucional que realiza o artigo 132.2 CE.

B) Por vía administrativa: nesta vía encontrámonos tres supostos:

- Afectación expresa. Tramítase un procedemento administrativo directamente encamiñado a afectar un ben a un uso xeral ou servizo público.

O artigo 66.1 LPAP, non básico, alude a este tipo de afectación ao sinalar que, salvo que a afectación derive dunha norma con rango legal, esta deberá facerse en virtude de acto expreso polo órgano competente, no cal se indicará o ben ou dereito a que se refira, o fin ao que se destina, a circunstancia de quedar aquel integrado no dominio público e o órgano ao que corresponda o exercicio das competencias demaniais, incluídas as relativas á súa administración, defensa e conservación.

Os pasos a dar no procedemento administrativo de afectación veñen establecidos no artigo 68 LPAP, non básico.

- Afectación implícita. Tramítase un procedemento administrativo, non directamente encamiñado a afectar, pero que supoñerá na práctica que un ben ou dereito quede afectado a un uso xeral ou servizo público.

Exemplos deste tipo de afectación veñen recollidos nas letras c) e d) do artigo 66.2 LPAP, non básico: “Producirán os mesmos efectos da afectación expresa os feitos e actos seguintes: C) A adquisición de bens e dereitos por expropiación forzosa, suposto no que, de conformidade co disposto no artigo 24.2 desta lei, os bens ou dereitos adquiridos se entenderán afectados ao fin determinante da declaración de utilidade pública ou interese social. D) A aprobación polo Consello de Ministros de programas ou plans de actuación xeral, ou proxectos de obras ou servizos, cando deles resulte a vinculación de bens ou dereitos determinados a fins de uso ou servizo público.

- Afectación presunta. Non se tramita procedemento administrativo ningún, pero prodúcese de feito unha vinculación dun ben a un uso xeral ou servizo público.

Exemplos desta modalidade de afectación encontrámoslos nas letras a) e b) do artigo 66.2 LPAP, non básico: “producirán os mesmos efectos da afectación expresa os feitos e actos seguintes: A) A utilización pública, notoria e continuada pola Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos de bens e dereitos da súa titularidade para un servizo público ou para un uso xeral. B) A adquisición de bens ou dereitos por usucapión, cando os actos posesorios que determinou a prescripción adquisitiva vinculasen o ben ou dereito ao uso xeral ou a un servizo público, sen prexuízo dos dereitos (como as servidumes) adquiridos sobre eles por terceiras persoas ao abeiro das normas de dereito privado.

O artigo 67.1 LPAP, non básico, regula as afectacións concorrentes sinalando que os bens e dereitos do patrimonio do Estado poderán ser obxecto de afectación a máis dun uso ou servizo da Administración xeral do Estado ou dos seus organismos públicos, sempre que os diversos fins concorrentes sexan compatibles entre si. Como exemplo pode sinalarse o suposto da estrada sobre a que pasan carrís dun tranvía.

▪ En canto ás mutacións demaniais: distínguense varias clases de mutacións demaniais:

A) Mutacións obxectivas. O artigo 71.1 LPAP, non básico, se refire a esta clase de mutación ao sinalar que “a mutación demanial é o acto en virtude do cal se efectúa a desafectación dun ben ou dereito do patrimonio do Estado, con simultánea afectación a outro uso xeral, fin ou servizo público da Administración xeral do Estado ou dos organismos públicos vinculados ou dependentes dela”.

B) Mutación subxectivas. Distínguense dous tipos:

- Externa (cambio de titularidade): sería o caso de escisión ou fusión de municipios, ou agregación dunha parte dun municipio a outro: o ben ou dereito que pertencía a un municipio pasa a formar parte doutro.

- Interna (cambio de órgano no seo dunha mesma Administración): a este suposto refírese o artigo 71.3 LPAP, non básico, ao sinalar que “nos casos de reestruturación orgánica haberá que aterse, no que respecta ao destino dos bens e dereitos que tivesen afectados ou adscritos os órganos ou organismos que se supriman ou reformen, ao que se estableza na correspondente disposición. Se non se previse nada sobre este particular, entenderase que os bens e dereitos continúan vinculados aos mesmos fins e funcións, considerándose afectados o órgano ou organismo ao que atribuíse as respectivas competencias sen necesidade de declaración expresa”.

▪ Respecto ao cesamento da afectación distínguense:

A) Cesamento da afectación en caso de afectación legal. Neste caso, a desafectación poderíase producir: 1) Por derogación ou modificación da norma legal ou 2) Por desnaturalización, é dicir, por perda das características físicas que facían ao ben encaixar na definición da norma legal (un río que seca, ou unha praia que desaparece baixo o arboredo e demais vexetación). Como sinala Santamaría Pastor, en certos supostos

de desnaturalización, a lexislación sectorial exige desafectación expresa, como no da Lei de costas con respecto ás praias e costas, mentres que noutros, como o das Augas continentais, a desnaturalización provoca o cesamento automático da demanialidade.

B) Cesamento da afectación en caso de afectación en vía administrativa. O artigo 69 LPAP sinala que “os bens e dereitos demaniais perderán esta condición, adquirindo a de patrimoniais, nos casos en que se produza a súa desafectación, por deixar de destinarse ao uso xeral ou ao servizo público. Salvo nos supostos previstos nesta lei, a desafectación deberase realizar sempre de forma expresa”.

Pese ao literal deste artigo, non soamente nos supostos previstos na LPAP caberá outro tipo de desafectación (implícita ou presunta), senón nos supostos que prevexa calquera norma de rango legal, como a Lei de minas ou a de augas.

Na propia LPAP prevese a desafectación implícita nos seguintes casos: en caso de reversión, nunha expropiación (artigo 24.4 LPAP, parágrafo 2, non básico); en caso de desadscrición dun ben (artigo 79 LPAP, non básico); ao ditar acordo de alleamento de bens mobles (artigo 142.2 LPAP, non básico); por cesión de bens mobles (artigo 143.3 LPAP, non básico).

Con respecto á desafectación presunta, é dicir, a desvinculación de feito ao uso xeral ou servizo público, sen tramitación de ningún procedemento administrativo, o artigo 69 LPAP, non básico, parece querer excluír esta modalidade de desafectación, pero, como indica Climent Barberá, esta interpretación é contraria á propia definición legal de dominio público (artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*) e de afectación (artigo 65 LPAP, non básico), polo que a doutrina (García de Enterría) e o Tribunal Supremo (STS do 2 de xuño de 1989 e do 22 de xuño de 1991) aceptaron a súa existencia.

- En canto á adscrición e desadscrición de bens e dereitos. De acordo co artigo 73 LPAP, non básico, os bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado poderán ser adscritos aos organismos públicos dependentes daquela para a súa vinculación directa a un servizo da súa competencia, ou para o cumprimento dos seus fins propios. En ambos os casos, a adscrición levará implícita a afectación do ben ou dereito, que pasará a integrarse no dominio público. Igualmente, os bens e dereitos propios dun organismo público poderán ser adscritos ao cumprimento de fins propios doutro. A adscrición non alterará a titularidade sobre o ben.

En canto ao réxime xurídico específico establecido na LPAP para os bens demaniais sinalar que:

Así como antes vimos os preceptos da LPAP especificamente aplicables aos bens patrimoniais e os que podían aplicarse tanto a bens demaniais como patrimoniais, queda por recoller os que se aplicarán de forma específica aos bens demaniais e que non se recolleron xa neste punto IV.

1. Réxime xurídico.

De acordo co artigo 5.4 LPAP, de *aplicación xeral*, os bens e dereitos de dominio público rexeranse polas leis e disposicións especiais que lles sexan de aplicación e, a falta de normas especiais, por esta lei e as disposicións que a desenvolvan ou complementen. As normas xerais do dereito administrativo e, no seu defecto, as normas do dereito privado, aplicaranse como dereito supletorio.

2. Principios relativos aos bens e dereitos de dominio público.

O artigo 6 LPAP, *básico*, indica que a xestión e administración dos bens e dereitos demaniais polas administracións públicas se axustarán aos seguintes principios:

- a) Inalienabilidade, inembargabilidade e imprescritibilidade.
- b) Adecuación e suficiencia dos bens para servir ao uso xeral ou ao servizo público a que estean destinados.
- c) Aplicación efectiva ao uso xeral ou ao servizo público, sen máis excepcións que as derivadas de razóns de interese público debidamente xustificadas.
- d) Dedicación preferente ao uso común fronte ao seu uso privativo.
- e) Exercicio dilixente das prerrogativas que a presente lei ou outras especiais outorguen ás administracións públicas, garantindo a súa conservación e integridade.
- f) Identificación e control a través de inventarios ou rexistros adecuados.
- g) Cooperación e colaboración entre as administracións públicas no exercicio das súas competencias sobre o dominio público.

3. Adquisicións de bens e dereitos por expropiación forzosa.

A adquisición de bens e dereitos por expropiación forzosa supón unha excepción á

regra do artigo 16 LPAP, non básico, de que os bens e dereitos da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos se entenden adquiridos co carácter de patrimoniais, sen prexuízo da súa posterior afectación ao uso xeral ou ao servizo público.

Os puntos 1, 2 e 3, de *aplicación xeral*, do artigo 24 LPAP sinalan que as adquisicións que se produzan en exercicio da potestade de expropiación se rexerán pola Lei do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa, e pola Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións ou outras normas especiais. Nestes casos, a afectación do ben ou dereito ao uso xeral, ao servizo público, ou a fins e funcións de carácter público entenderase implícita na expropiación. A posterior desafectación do ben ou dereito ou a mutación do seu destino non darán dereito a instar a súa reversión cando se produzan na forma e cos requisitos previstos no punto 2 do artigo 54 da Lei do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa, e no punto 2 do artigo 40 da Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións.

4. Inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade.

O artigo 132.1 CE sinala que a lei regulará o réxime xurídico dos bens de dominio público e dos comunais, inspirándose nos principios de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade, así como a súa desafectación.

Na mesma liña, o punto 1, de *aplicación xeral*, do artigo 30 LPAP establece que “os bens e dereitos de dominio público ou demaniais son inalienables (non se poden vender, salvo que se desafecten), imprescritibles (non se poden adquirir por usucapión) e inembargables (non poden ser obxecto de traba e alleamento forzoso para o pagamento de débedas)”.

5. Recuperación posesoria de bens demaniais.

De acordo cos puntos 1 e 2 do artigo 55 LPAP, de carácter *básico*, as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio. Se os bens e dereitos cuxa posesión se trata de recuperar teñen a condición de demaniais, a potestade de recuperación poderá exercerse en calquera tempo, e non soamente durante o primeiro ano, como no caso dos bens patrimoniais.

6. O desafiuzamento administrativo.

O artigo 58 LPAP, de carácter *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar en vía administrativa a posesión dos seus bens demaniais cando decaian ou desaparezan o título (como un contrato ou unha concesión), as condicións ou as circunstancias que lexitimaban a súa ocupación por terceiros.

ACTUALIZADO POR **ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 30

**O PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA
DE GALICIA. TRÁFICO XURÍDICO DO
PATRIMONIO. UTILIZACIÓN E
APROVEITAMENTO DO PATRIMONIO. XESTIÓN
DO PATRIMONIO. PROTECCIÓN E DEFENSA.**

TEMA 30. O PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO XURÍDICO DO PATRIMONIO. UTILIZACIÓN E APROVEITAMENTO DO PATRIMONIO. XESTIÓN DO PATRIMONIO. PROTECCIÓN E DEFENSA.

I. O PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

A Constitución española constitúe o punto de partida na regulación actual dos bens públicos, tanto polo disposto no seu artigo 132 como pola articulación territorial do Estado sobre a base de comunidades autónomas competentes para regular o seu patrimonio propio, sen prexuízo, obviamente, das normas que poida ditar o Estado ao abeiro das competencias que lle atribúe o artigo 149.

O patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia regúlase na Lei 5/2011, do 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 203, do 24 outubro de 2011) (en diante, LPG). Este réxime xurídico debe completarse necesariamente cos preceptos básicos que resulten de aplicación da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas (en diante, LPAP), e do seu regulamento, aprobado polo Real decreto 1373/2009, do 28 de agosto. Igualmente, deberá terse en conta o regulamento da lei galega anterior (Lei 3/1985, do 12 de abril), aprobado polo Decreto 50/1989, do 9 de marzo, na medida en que non sexa incompatible coa Lei 5/2011, e mentres non sexa substituído por nova normativa de desenvolvemento.

O concepto de patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia recóllese no artigo 2 da Lei 5/2011, do 30 de setembro, que reitera o disposto con carácter básico no artigo 2 LPAP e configura un concepto unitario de patrimonio:

"1. O patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia está constituído polo conxunto dos bens e dereitos de titularidade da Administración xeral da Comunidade Autónoma e das entidades públicas instrumentais, calquera que sexa a súa natureza e o título da súa adquisición ou aquel en virtude do cal lle fosen atribuídos.

2. Non se entenderán incluídos no patrimonio da Comunidade Autónoma, para os únicos efectos desta lei, o diñeiro e demais recursos financeiros da súa Facenda nin, en caso das entidades públicas instrumentais, os recursos que constitúen a súa tesouraría."

Este precepto debe completarse co número 2 do artigo 1 que, ao delimitar o ámbito de

aplicación da lei, precisa que *"forma parte do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia o patrimonio da Administración xeral da Comunidade Autónoma e o das entidades públicas instrumentais que se integran no sector público autonómico, agás o dos consorcios autonómicos"*.

Condiciónase así o ámbito subxectivo de aplicación da lei galega que, de acordo co artigo 1.3, *"será de aplicación:*

a) Á Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia.

b) Ás entidades públicas instrumentais integrantes do sector público autonómico.

c) Ás sociedades mercantís públicas autonómicas e ás sociedades reguladas no artigo 102.2 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico, no establecido no título IV da presente lei.

d) Ás entidades locais de Galicia, nos termos previstos na disposición adicional segunda".

Os bens do patrimonio da Comunidade Autónoma galega clasifícanse, seguindo a clasificación tradicional recollida no artigo 4 da lei estatal, en *"demaniais ou de dominio público e patrimoniais"* (artigo 2.3 Lei 5/2011).

De acordo coa lei galega, *"son bens e dereitos de dominio público os que, integrando o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia, se encontren afectados ao uso xeral ou á prestación de servizos públicos de competencia da Comunidade Autónoma, así como aqueles aos que unha lei outorgou expresamente o carácter de demaniais. Tamén son bens de dominio público os inmobles de titularidade da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais en que se aloxen os servizos, oficinas ou dependencias dos seus órganos ou dos órganos estatutarios da Comunidade Autónoma"* (artigo 2.4).

Os bens e dereitos patrimoniais, pola súa parte, delimítanse cun criterio negativo. Así, *"son bens e dereitos patrimoniais os que, sendo de titularidade da Comunidade Autónoma de Galicia, non teñan o carácter de demaniais"*. A continuación, o texto legal precisa que *"teñen a consideración de patrimoniais os seguintes bens e dereitos, salvo nos casos en*

que reúnan os requisitos previstos no número anterior:

-Os dereitos de arrendamento e outros de carácter persoal.

-Os valores e títulos representativos de accións e participacións no capital de sociedades mercantís ou de obrigacións emitidas por estas, así como contratos de futuros e opcións cun activo subxacente constituído por accións ou participacións en sociedades mercantís.

-Os dereitos de propiedade incorporal.

-Os dereitos de calquera natureza que deriven da titularidade de bens e dereitos patrimoniais".

A Lei 5/2011 establece no artigo 3 o réxime xurídico aplicable a un e outro tipo de bens. Así:

"1. Os bens e dereitos demaniais rexeranse pola presente lei e disposicións que a desenvolvan ou complementen, así como pola lexislación de aplicación xeral a todas as administracións públicas e a lexislación básica estatal. Supletoriamente, aplicaranse as normas xerais do dereito administrativo e, na súa falta, as normas do dereito privado, civil ou mercantil.

2. O réxime de adquisición, administración, protección, defensa e alleamento dos bens e dereitos patrimoniais será o previsto na presente lei e disposicións que a desenvolvan ou complementen, así como na lexislación de aplicación xeral a todas as administracións públicas e na lexislación básica estatal. Supletoriamente, aplicaranse as normas do dereito administrativo, en todas as cuestións relativas á competencia para adoptar os correspondentes actos e ao procedemento que teña que seguirse, e as normas do dereito privado, civil ou mercantil, no que afecte os restantes aspectos do seu réxime xurídico."

A determinación xeral do réxime xurídico aplicable ao patrimonio da Comunidade Autónoma péchase neste precepto cunha referencia ás propiedades administrativas especiais, respecto das cales remite á súa lexislación específica sen prexuízo da aplicación supletoria da lei:

"3.3. As augas terrestres, montes, minas, explotacións de hidrocarburos, estradas, vías pecuarias, portos e demais propiedades administrativas especiais, e o patrimonio cultural,

rexeranse pola súa lexislación específica, sen prexuízo da aplicación supletoria da presente lei’.

Finalmente, debemos facer mención ao patrimonio empresarial da Comunidade Autónoma, regulado no título IV da Lei 5/2011, e que está “*constituído polas accións, títulos, valores, obrigas, obrigas convertibles en accións, participacións societarias, dereitos de subscripción preferente, contratos financeiros de opción, contratos de permuta financeira, créditos participativos e outros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sexan representativos de dereitos da Administración xeral da Comunidade Autónoma, das entidades públicas instrumentais, das sociedades mercantís públicas autonómicas e das sociedades reguladas no artigo 102. 2 da Lei 16/ 2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico*” (artigo 88.1 LPG).

II. TRÁFICO XURÍDICO DO PATRIMONIO

Os principios básicos que rexen o tráfico xurídico do patrimonio da Comunidade Autónoma recóllense no artigo 5 da Lei 5/2011, que traslada o réxime de dispoñibilidade dos bens e dereitos da Administración previsto na Lei estatal 33/2003¹ e que, basicamente, supón recordar a inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade dos bens e dereitos demaniais, así como limitar os supostos en que as providencias de embargo e mandamentos de execución poden afectar un ben ou dereito patrimonial:

“1. Os bens e dereitos de dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia son inalienables, imprescritibles e inembargables, e non poden ser obxecto de gravame, carga, afección, transacción ou arbitraxe.

2. Por razón do seu destino, os bens e dereitos patrimoniais da Comunidade Autónoma de Galicia exclúiranse das providencias de embargo e mandamentos de execución que diten os órganos xurisdicionais e administrativos nos seguintes casos:

a) Cando se encontren materialmente afectados a un uso, servizo ou función pública.

b) Cando os seus rendementos ou o produto do seu alleamento estean legalmente

¹ O artigo 5 da Lei 5/2011, galega, traslada en particular o previsto nos artigos 6 e 30 da Lei 33/2003. O artigo 6 é básico, ao se ditar ao abeiro da competencia estatal do artigo 149.1.18ª e recolle as notas de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade dos bens demaniais consagradas no artigo 132 CE. O artigo 30, pola súa parte, é de aplicación xeral e dítase ao abeiro do artigo 149.1.8ª.

afectados a fins determinados.

c) Cando se trate de valores ou títulos representativos do capital de sociedades mercantís autonómicas que executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral."

Para finalizar esta referencia introdutoria ao tráfico xurídico do patrimonio autonómico, cabe ter en conta o disposto no artigo 6 da lei, último precepto do título preliminar, a cuxo teor:

"A transacción xudicial ou extraxudicial sobre bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais, e o sometemento a arbitraje das controversias que xurdan sobre eles, deben ser autorizados polo Consello da Xunta, por proposta da persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio ou do órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental".

III. UTILIZACIÓN E APROVEITAMENTO DO PATRIMONIO

A.- UTILIZACIÓN DOS BENS E DEREITOS DEMANIAIS

A Lei 5/2011 dedica o seu título II á "*utilización dos bens e dereitos demaniais*" (artigos 31 a 45), partindo da necesidade de contar cun título habilitante para ocupar ou utilizar os ditos bens e dereitos (artigo 31.1):

"Ningún pode, sen título que o autorice, outorgado pola autoridade competente, ocupar bens de dominio público do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia ou utilízalos en forma que exceda o dereito de uso que, se for o caso, corresponde a todos".

A continuación, distingue o réxime aplicable en función do fin a que estean destinados os bens ou dereitos, segundo sexa este o uso xeral ou un servizo público, e regula o réxime das autorizacións e concesións demaniais, como títulos que habilitan a utilización ou ocupación do dominio público. Por outra parte, a lei inclúe dentro do título I, dedicado ao "*tráfico xurídico dos bens e dereitos demaniais*", determinadas regras que disciplinan a utilización do dominio público pola Administración: é o caso do capítulo II, dedicado ás "*adscricións e desadscricións*", nas súas seccións primeira, segunda e terceira (artigos 11 a 17- S. 1ª, "*adscricións e desadscricións internas e obras*"; S. 2ª, "*reestruturacións*

orgánicas”; e S. 3ª, “adscrición a favor doutras administracións públicas”).

Seguindo a estrutura da Lei galega, imos vertebrar a nosa exposición sobre a base do título II, partindo do réxime de utilización de dominio público en función do uso xeral ou servizo público a que estean destinados os bens, facendo referencia, na medida en que proceda, ás regras contidas no título I sobre utilización dos bens demaniais.

A.1.- UTILIZACIÓN DOS BENS DEMANIAIS DESTINADOS AO USO XERAL (capítulo II do título II, artigos 32 a 34)

O réxime de utilización destes bens destinados ao uso xeral vén condicionado pola natureza do uso que se lles vaia dar. Así, a lei distingue no seu artigo 32 entre:

- Uso común que, pola súa vez, pode ser xeral ou especial.
- Uso privativo.

O USO COMÚN é “*o que corresponde por igual e de forma indistinta a todos os cidadáns, de modo que o uso duns non impide o dos demais interesados*” (artigo 32.1.a). O uso común pode ser, como dicíamos, xeral ou especial:

1. É uso común XERAL cando non concorran “*circunstancias singulares*” (artigo 32.2.a). De acordo co artigo 33.1, este tipo de uso “*non está suxeito a autorización, e pode realizarse libremente, sen outras limitacións que as derivadas da súa natureza e as establecidas nos actos de afectación ou adscrición e disposicións que resulten de aplicación*”.

– 2. É uso común ESPECIAL cando o uso implica “*un aproveitamento especial do dominio público que, sen impedir o uso común, supoña a concorrencia de circunstancias tales como a súa perigosidade ou intensidade, a preferencia en casos de escaseza, a obtención dunha rendibilidade singular ou outras semellantes que determinen un exceso de utilización ou un menoscabo sobre o uso que corresponde a todos*” (artigo 32.2.b). Neste caso si se require de título habilitante e, así, de acordo co artigo 33.2, “*o uso común especial está suxeito a autorización ou a concesión, se a súa duración é superior a catro anos ou se efectúa con obras ou instalacións fixas*”.

Pola súa parte, é USO PRIVATIVO “*o que determina a ocupación dunha porción do dominio público de modo que se limite ou exclúa a súa utilización deste por outros*

interesados" (artigo 32.1.b).

De acordo co artigo 33.3 *"o uso privativo require o outorgamento previo dun título axeitado á súa natureza, de conformidade coas seguintes regras:*

a) Cando a ocupación se efectúe unicamente con instalacións desmontables ou bens mobles e a súa duración inicial non sexa superior a catro anos, estará suxeito a autorización.

b) Cando a ocupación se efectúe con obras ou instalacións fixas ou por prazo inicial superior a catro anos, estará suxeito a concesión".

A lei regula neste punto un suposto de utilización exclusiva de bens demaniais destinados a uso xeral pola propia Administración titular deles. Así, baixo a rúbrica "reservas demaniais", o artigo 34 dispón:

"1. A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia pode reservar para si o uso exclusivo de bens da súa titularidade destinados ao uso xeral para a realización de fins da súa competencia, cando existan razóns de utilidade pública ou interese xeral que o xustifiquen.

2. A duración da reserva limitarase ao tempo preciso para o cumprimento dos fins para os que se acorde.

3. A declaración de reserva efectuarase por acordo do Consello da Xunta, que debe publicarse no Diario Oficial de Galicia e inscribirse no rexistro da propiedade.

4. A reserva prevalece fronte a calquera outro posible uso dos bens e leva implícita a declaración de utilidade pública e a necesidade de ocupación, para efectos expropiatorios, dos dereitos preexistentes que resulten incompatibles con ela".

A.2.- UTILIZACIÓN DOS BENS DEMANIAIS DESTINADOS A UN SERVIZO PÚBLICO
(capítulo III do título II, artigos 35 a 37)

De acordo co artigo 35, a utilización dos bens e dereitos destinados á prestación dun servizo público rexerase pola súa normativa específica e, subsidiariamente, polo disposto na Lei 5/2011.

Non obstante, a lei prevé dous supostos excepcionais:

1. A ocupación por terceiros de espazos en edificios administrativos (artigo 36), para dar soporte a servizos dirixidos ao persoal destinado neles e ao público visitante (como cafetarías, oficinas bancarias, caixeiros automáticos, oficinas postais ou outros análogos) ou para a explotación marxinal de espazos non necesarios para os servizos administrativos, sempre que non afecte a utilización do inmovible polos órganos ou unidades aloxados nel, e que estea amparada polo correspondente título habilitante (autorización, se se efectuou con bens mobles ou instalacións desmontables; concesión, se se produciu por medio de instalacións fixas; ou, se for o caso, un contrato que permita a ocupación, formalizado de acordo co previsto na lexislación de contratos do sector público).

2. As chamadas autorizacións especiais de uso en precario sobre bens afectados ou adscritos (artigo 37), que implican autorización para o uso temporal dos bens do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia nos seguintes casos:

- a. por prazo inferior a un mes,
- b. para a organización de conferencias, seminarios, presentacións ou outros eventos análogos,
- c. por un prazo máximo dun ano, a persoas físicas ou xurídicas para a realización, sen ánimo de lucro, de actividades que satisfagan fins públicos e non resulten contraditorias coa afectación do ben.

Estas autorizacións "*entenderanse outorgadas en precario, e poderán revogarse libremente en calquera momento, sen que o interesado teña dereito a indemnización ningunha*". As súas condicións e a contraprestación que, se for o caso, deba satisfacerse fixaranse no acto de autorización outorgado pola persoa titular da consellería ou polo órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental que teña afectados ou adscritos os bens.

A.3.- AUTORIZACIÓNS E CONCESIÓNS DEMANIAIS (capítulo IV do título II, artigos 38 a 45)

- Normas comúns para as autorizacións e concesións demaniais:
- A competencia para o seu outorgamento corresponde, na falta de norma legal, a persoa

titular da consellería a que se encontren adscritos, ou ben ao órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental titular ou a que se encontren adscritos os bens ou dereitos, nos termos do artigo 41 da Lei 5/2011. Agora ben, a lei recolle a posibilidade, no marco dos bens e dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma, de que a persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio estableza as condicións xerais que deben rexer o outorgamento de categorías determinadas de autorizacións e concesións. Na falta delas, deberán axustarse ás condicións aprobadas polo titular da consellería a que se encontren adscritos organicamente os bens ou de que dependan as entidades públicas instrumentais que sexan os seus titulares ou os teñan adscritos, logo de informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio (artigo 38 LPG).

- As autorizacións e concesións demaniais extínguense, de acordo co artigo 42, "*polas seguintes causas*:"

a) Morte ou incapacidade sobrevida do titular da autorización ou concesionario individual, ou extinción da personalidade xurídica.

b) Falta de autorización previa nos supostos de transmisión ou modificación, por fusión, absorción ou escisión, da personalidade xurídica do usuario ou concesionario.

c) Caducidade por vencemento do prazo.

d) Rescate da concesión, logo de indemnización ou revogación unilateral da autorización.

e) Renuncia do titular.

f) Falta de pagamento da taxa ou calquera outro incumprimento grave das obrigacións do titular, declarado polo órgano que outorgou a autorización ou concesión.

g) Desaparición do ben ou esgotamento do aproveitamento.

h) Desafectación do ben, caso en que se procederá á liquidación da autorización ou concesión conforme o previsto na presente lei.

i) Mutuo acordo.

j) Calquera outra causa prevista nas condicións xerais ou particulares polas que se rexan".

- A lei regula, ademais, o destino das obras construídas polo concesionario unha vez que se extinga a concesión (artigo 43), a liquidación das autorizacións e concesións no caso de

desafectación dos bens sobre os que existan (artigo 44), e recoñece un dereito de adquisición preferente para os seus titulares nos supostos de alleamento oneroso dos bens ou dereitos correspondentes (artigo 45).

-Autorizacións demaniais (artigo 39)

Outorgaranse, como regra xeral, directamente a aqueles solicitantes que reúnan as condicións requiridas. Non obstante, nos casos en que o seu número sexa limitado *“outorgaranse en réxime de concorrencia e, se isto non é procedente por non ter que valorarse condicións especiais nos solicitantes, mediante sorteo, se outra cousa non estiver establecida nas condicións polas que se rexen”* (artigo 39.1).

Caracterízanse polas seguintes notas:

- a) Duración limitada: outorgaranse por tempo determinado, cun prazo máximo de duración de 4 anos, incluídas as prórrogas.
- b) Poden ser gratuítas, concederse con contraprestación ou con condicións, ou mesmo estar suxeitas á taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial de bens de dominio público prevista na Lei 6/2003, do 9 de decembro.
- c) Son transmisibles salvo que se outorgasen en atención a circunstancias persoais do autorizado ou en número limitado, sen prexuízo de que as condicións xerais a que estean suxeitas poidan dispor outra cousa.
- d) Como regra xeral, poderaas revogar unilateralmente, e en calquera momento, o órgano que as outorgou cando concorran *“razóns de interese público, sen xerar dereito a indemnización, cando resulten incompatibles con condicións xerais aprobadas con posterioridade, produzan danos no dominio público, impidan a utilización do ben para actividades de maior interese público ou menoscaben o uso xeral”* (39.4).

-Concesións demaniais (artigo 40)

Outorgaranse en réxime de concorrencia, como regra xeral, ben que se poderá acordar o seu outorgamento directo nos casos do artigo 77 ou ben cando concorran circunstancias excepcionais, debidamente xustificadas.

Unha vez outorgadas, formalizaranse en documento administrativo, que será título suficiente para a inscrición rexistral da concesión.

Caracterízanse polas seguintes notas:

- Duración limitada: outórganse por tempo determinado, que non poderá exceder, prórrogas incluídas, o prazo máximo de duración de setenta e cinco anos, ou o prazo menor establecido nas normas especiais que resulten de aplicación.
- Poden ser gratuítas, outorgarse con contraprestación ou con condicións, ou mesmo estar suxeitas á taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial de bens de dominio público prevista na Lei 6/2003, do 9 de decembro.
- Non poden ser titulares das concesións demaniais as persoas en que concorra algunha das prohibicións de contratar reguladas na lexislación de contratos do sector público.

A.4- ADSCRICIÓNS E DESADSCRICIÓNS

É conveniente facer referencia neste punto ao capítulo II do título I da lei que, baixo a rúbrica “*adscricións e desadscricións*”, establece unha serie de normas internas en relación co uso dos bens e dereitos de dominio público pola Administración xeral autonómica e as entidades instrumentais.

Así, de acordo co artigo 11, “*a adscrición regulada nesta sección é o acto polo que se atribúe a unha consellería ou entidade pública instrumental o uso, administración, xestión, conservación e colaboración na protección e defensa de bens e dereitos demaniais, sen cambio na titularidade ou cualificación xurídica dos bens e dereitos*”. A adscrición, que pode ser compartida (artigo 12), así como, se for o caso, a desadscrición acordaraa a persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio (artigo 13).

Mención especial merece a posibilidade de adscribir bens e dereitos demaniais da Administración xeral da Comunidade Autónoma a outras administracións públicas, sempre que sexa para os mesmos fins determinantes da afectación, nos termos do artigo 17 da Lei 5/2011. Esta adscrición a outras administracións públicas non supón cambio da titularidade nin cualificación xurídica dos bens ou dereitos afectados.

Igualmente, é preciso facer referencia ao suposto regulado no artigo 25, que permite, igual que o artigo 17, adscribir bens e dereitos demaniais do patrimonio da Administración xeral da Comunidade Autónoma a outras administracións públicas, ben que, neste caso, para outros usos ou servizos públicos de competencia da outra Administración pública, o que comporta a correspondente mutación demanial pero non afecta a titularidade nin na cualificación xurídica dos bens ou dereitos.

En ambos os supostos, tanto a simple adscrición (suposto do artigo 17) como a mutación demanial e correspondente adscrición (suposto do artigo 25) acordaraos de oficio a persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio mediante orde, por petición do órgano competente da Administración interesada, e logo de informe da consellería ou entidade pública instrumental que teña adscrito o ben ou dereito. A entrega da posesión dos bens e dereitos de que se trate farase constar na correspondente acta, e os gastos e tributos que estes xeren serán por conta da Administración beneficiaria da adscrición.

B.- UTILIZACIÓN DOS BENS PATRIMONIAIS

A Lei 5/2011 regula no capítulo IV do título III a “*explotación dos bens e dereitos patrimoniais*” (artigos 64 a 68).

A decisión sobre a explotación dos bens e dereitos patrimoniais compete, no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma, ao titular da consellería competente en materia de patrimonio; no ámbito das entidades públicas instrumentais, tal determinación corresponde ao órgano unipersoal de goberno (artigo 64).

A explotación pode ser directa ou indirecta (artigo 65). A explotación directa dos bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia pode encomendarse a unha entidade pública instrumental ou a unha sociedade mercantil de capital integramente pertencente á Administración xeral da Comunidade Autónoma ou ás súas entidades públicas instrumentais, nos termos previstos no artigo 66.

A explotación indirecta pode ter lugar a través de calquera negocio xurídico, xa sexa típico ou atípico (artigo 65). A lei refírese expresamente aos contratos para a explotación de bens e dereitos patrimoniais que, como regra xeral, se outorgarán mediante procedementos que garantan os principios de igualdade, publicidade e concorrência, ben

que se admite excepcionalmente a adxudicación directa (artigo 67). A duración destes contratos está limitada a un prazo máximo de 20 anos, incluídas prórrogas, e a lei regula as condicións en que se admite a subrogación dun terceiro nos dereitos e obrigacións do adxudicatario e se admiten expresamente os contratos de arrendamento con opción a compra sobre inmobles patrimoniais da Comunidade Autónoma (artigo 67).

A lei refírese expresamente ao réxime de explotación das propiedades incorporais no seu artigo 68, que xestionará no ámbito da Administración xeral a consellería competente por razón da materia (salvo encomenda a outra consellería ou a unha entidade pública instrumental ou sociedade mercantil de capital integramente pertencente á Administración xeral da Comunidade Autónoma) e, no ámbito das entidades públicas instrumentais, polo órgano unipersoal de goberno. De acordo co artigo 68.3, *"a utilización de propiedades incorporais que, por aplicación da lexislación especial, entren no dominio público non devengará ningún dereito a favor da Administración xeral da Comunidade Autónoma"*.

Procede concluír esta epígrafe, relativa á utilización e ao aproveitamento do patrimonio, cunha mención especial ás normas contidas no título V da Lei 5/2011. Estas normas teñen por obxecto a *"xestión e optimización na utilización dos edificios administrativos"* (96 a 98) e, para tal efecto, consagran os principios que deben rexer a xestión destes edificios e que non son senón os *"principios de eficacia, eficiencia, racionalización e sustentabilidade, procurando a optimización dos investimentos e avaliando, en cada actuación, a incidencia ou impacto que a súa implantación podería xerar no desenvolvemento urbano e na calidade dos servizos que se van prestar"*.

IV. XESTIÓN DO PATRIMONIO

Está regulada no título III da lei, que dedica 5 capítulos a:

- 1) Réxime xurídico dos negocios patrimoniais.
- 2) Adquisicións: a título oneroso, gratuito e polo exercicio de potestades públicas.
- 3) Arrendamento de inmobles.
- 4) Explotación de bens e dereitos patrimoniais
- 5) Alleamento e gravame.

1. Réxime xurídico dos negocios patrimoniais (artigos 46 a 49)

En canto aos modos de adquirir, o artigo 46 establece que: " A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais poderán adquirir bens e dereitos por calquera dos modos previstos no Código civil, así como nas demais normas do ordenamento xurídico. As adquisicións de bens e dereitos a título oneroso efectuaranse libres de toda carga, gravame ou afectación, se así o exige o cumprimento directo dos fins determinantes da súa adquisición. Con todo, poden subsistir aquelas limitacións a título de autorización ou concesión que teñan un exercicio que resulte compatible co fin da adquisición. Os contratos que se formalicen ao abeiro do presente título terán a consideración de contratos privados."

Segundo o artigo 47.1 "Os contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre os bens e dereitos patrimoniais están suxeitos ao principio de liberdade de pactos."

En canto á formalización, o artigo 48 sinala que:

- Os negocios xurídicos de adquisición ou alleamento de bens inmobles e dereitos reais formalizaranse en escritura pública.
- Os arrendamentos e demais negocios xurídicos de explotación de inmobles que sexan susceptibles de inscrición no rexistro da propiedade formalizaranse en escritura pública cando vaian ser inscritos naquel. Os gastos xerados serán por conta da parte que solicitou a citada formalización.
- As cesións gratuítas de bens inmobles ou dereitos reais formalizaranse en documento administrativo, que será título suficiente para a súa inscrición no rexistro da propiedade cando o cesionario sexa outra Administración pública, conforme o establecido pola lexislación xeral de patrimonio das administracións públicas.

Corresponde á persoa titular do centro directivo competente en materia de patrimonio, ou ao funcionario en quen delegue, a celebración dos contratos e demais negocios xurídicos sobre bens e dereitos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia a que se refire a presente lei.

Corresponde ao órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental, ou ao funcionario en quen delegue, a formalización dos contratos e demais negocios xurídicos

sobre os seus bens e dereitos.

2. Adquisicións (artigos 50 a 59)

A lei distingue as adquisicións a título oneroso, gratuito e as adquisicións polo exercicio de potestades públicas.

– 1. ADQUISICIÓN A TÍTULO ONEROSO

Ás primeiras refírese a sección 1ª do capítulo II, que comeza a súa regulación establecendo no seu artigo 50, os órganos competentes para a adquisición de inmobles ou dereitos sobre eles:

- Na Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia a competencia para adquirir a título oneroso bens inmobles e dereitos sobre eles corresponde á consellería competente en materia de patrimonio.
- Esta competencia pode exercela por propia iniciativa, cando o coide conveniente para atender as necesidades que existan, ou por petición da consellería interesada, xustificada mediante a memoria correspondente.
- A adquisición de inmobles ou dereitos sobre eles polas entidades públicas instrumentais efectuarana os órganos superiores colexiados de goberno, logo de informe favorable do centro directivo competente en materia de patrimonio, sobre a procedencia, oportunidade e características esenciais do negocio xurídico pretendido, no marco dos criterios xerais de xestión integral do patrimonio. Non se precisará este informe cando os bens e dereitos sexan adquiridos co propósito de devolvelos ao tráfico xurídico patrimonial de acordo cos seus fins peculiares.

Cando o importe da adquisición do ben ou dereito individualizado sexa superior a 3.000.000 de euros, requirirá autorización do Consello da Xunta, por proposta da consellería competente en materia de patrimonio, ou da entidade pública instrumental que pretenda a adquisición. Este importe da adquisición poderá ser obxecto de aprazamento, con suxeición aos trámites previstos na normativa aplicable en materia económico-financeira.

Segundo o artigo 51 “A adquisición de bens inmobles ou dereitos sobre eles realizarase

mediante procedimientos que garantan o respecto dos principios de igualdade, publicidade e concorrência, salvo nos seguintes supostos, en que se pode acudir á adquisición directa sen publicidade:

a) Peculiaridades ou singularidades do ben, que se xustificarán expresamente no expediente de adquisición. En todo caso, serán considerados como singulares os bens catalogados de interese histórico-patrimonial.

b) Cando o vendedor sexa outra Administración pública ou, en xeral, calquera persoa xurídica de dereito público ou privado pertencente ao sector público.

c) Cando for declarado deserto o procedemento promovido con publicidade para a adquisición, e sempre que non se modifiquen as condicións orixinais do contrato, salvo o prezo e a superficie, que poderán alterarse nun 10%.

d) Cando a adquisición se efectúe en virtude do exercicio dun dereito de adquisición preferente.

e) Cando a adquisición se efectúe no estranxeiro.

f) Cando o valor de taxación do ben ou dereito sexa inferior a 50.000 euros.

2. Nos casos de adquisición previstos nas alíneas b) e f) recadarase un mínimo de tres ofertas sempre que as circunstancias o permitan.

3. Os gastos derivados da adquisición serán satisfeitos polas partes consonte a normativa vixente.

4. As adquisicións de bens e dereitos a título oneroso mediante procedimientos que garantan o respecto dos principios de igualdade, publicidade e concorrência requirirán que o inmovible transmitido se encontre correcta e previamente inscrito no rexistro da propiedade. En caso de adquisición directa de inmovibles, requirirase que estes sexan susceptibles de inscrición no rexistro da propiedade, establecéndose como condición resolutoria do negocio xurídico a imposibilidade de inscrición a nome da Comunidade Autónoma de Galicia.”

Pola súa parte:

- Segundo o artigo 54 “A adquisición de bens mobles pola Administración xeral da

Comunidade Autónoma de Galicia e polas entidades públicas instrumentais réxese pola lexislación de contratos do sector público.”

- Segundo o artigo 55 “A adquisición de dereitos de propiedade incorporal será acordada pola consellería ou entidade pública instrumental competente por razón da materia, logo de informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio. Estas adquisicións comunicaranse á consellería competente en materia de patrimonio, nos termos establecidos no artigo 108 da presente lei. En canto non sexa incompatible coa natureza destes dereitos, é aplicable a estas adquisicións o establecido nesta lei para a adquisición de inmoables e dereitos sobre eles. Cando a adquisición de dereitos de propiedade incorporal teña lugar en virtude de contratos administrativos, aplicarase o disposto na lexislación de contratos do sector público. A adquisición destes dereitos por medio de convenios de colaboración axustarase ás súas normas especiais e ao establecido nos propios convenios.”

– 2. ADQUISICIÓNS A TÍTULO GRATUITO

Segundo o artigo 56 “As disposicións a título gratuito realizadas a favor de Galicia ou dalgún dos órganos da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia entenderanse referidas a esta última.

As disposicións por causa de morte a favor de órganos ou entidades da Comunidade Autónoma de Galicia que desaparezan na data en que se abra a sucesión entenderanse feitas a favor dos que, dentro do ámbito autonómico galego, asuman as súas funcións e, na súa falta, a favor da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia”

En canto á competencia para aceptar, esta corresponde:

- Á persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio aceptar, mediante orde, as herdanzas testadas, legados e doazóns a favor da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, salvo os casos en que a competencia estea atribuída a outro órgano pola lexislación especial que resulte de aplicación.
- As herdanzas intestadas deferidas a favor da Comunidade Autónoma de Galicia entenderanse aceptadas directamente por imposición da lei, logo de firmeza da resolución xudicial que declare a sucesión legal.

- *As doazóns de bens mobles en que a persoa doadora sinalase o fin a que deben de destinarse aquelas serán aceptadas polo titular da consellería competente por razón da materia.*
- *Son competentes para aceptar as disposicións a título gratuito a favor das entidades públicas instrumentais os órganos unipersoais de goberno.*

A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais só poden aceptar as herdanzas testadas, legados ou doazóns que supoñan gastos ou estean sometidos a algunha condición ou modo onerosos se o valor do gravame imposto non excede o valor do que se adquire, segundo taxación pericial realizada consonte as normas do artigo 49 desta lei.

A aceptación das herdanzas entenderase feita sempre a beneficio de inventario.”

– 3. ADQUISICIÓNS POR EXERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

Son aquelas que derivan do exercicio da potestade expropiatoria (artigo 58) ou de procedementos de execución (artigo 59).

3. Arrendamento de inmobles (artigos 60 a 63)

O artigo 60, en canto aos órganos competentes, dispón que “Corresponde á consellería competente en materia de patrimonio arrendar os bens inmobles que a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia precise para o cumprimento dos seus fins, por petición, de ser o caso, da consellería interesada. Igualmente, a consellería competente en materia de patrimonio acordará a súa resolución, novación e prórroga.

Será competente para arrendar, resolver, novar ou prorrogar contratos que afecten inmobles situados no estranxeiro e que precise a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia a consellería competente en materia de relacións exteriores.

O arrendamento de bens inmobles polas entidades públicas instrumentais, así como a prórroga, novación ou resolución anticipada dos correspondentes contratos, é competencia do órgano unipersoal de goberno, logo de informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio, sobre a procedencia, oportunidade e características esenciais do negocio xurídico pretendido.

A concertación dun alugamento por importe superior a 40.000 euros mensuais, impostos incluídos, requirirá autorización do Consello da Xunta, por proposta da consellería competente en materia de patrimonio ou da entidade pública instrumental que pretenda o alugamento.”

O procedemento que se seguirá para tal efecto está regulado no artigo 61.

4. Explotación dos bens e dereitos patrimoniais (artigos 64 a 68)

O artigo 64 regula os órganos competentes para a explotación:

- A persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, para a explotación dos bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia cuxo alleamento non sexa previsible e sexan susceptibles de aproveitamento rendible.
- Os órganos unipersoais de goberno das entidades públicas instrumentais, para a explotación dos bens e dereitos patrimoniais que sexan propiedade delas.

Segundo o artigo 65.1 “A explotación dos bens ou dereitos patrimoniais pode efectualas directamente a administración titular deles ou a través de calquera negocio xurídico, típico ou atípico.”

Os artigos seguintes regulan as distintas formas de explotación, así como a explotación de propiedades incorporais.

5 - Alleamento e gravame (artigos 69 a 87)

Segundo o artigo 69, os bens e dereitos patrimoniais da Comunidade Autónoma de Galicia que non sexan necesarios para o exercicio das competencias e funcións propias da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, ou das entidades públicas instrumentais, poden ser alleados consonte as normas establecidas no presente capítulo.

En canto ao gravame o artigo 71 sinala que “Non se poden impor cargas ou gravames sobre os bens ou dereitos patrimoniais da Comunidade Autónoma de Galicia senón cos requisitos exixidos para o seu alleamento.”

1. ALLEAMENTO DE INMOBLES OU DEREITOS REAIS.

Artigo 74. Órganos competentes para o alleamento.

- O órgano competente para allear os bens inmobles ou dereitos reais pertencentes á Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia é a persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio.
- Son competentes para acordar o alleamento dos bens inmobles e dereitos reais pertencentes ás entidades públicas instrumentais os órganos superiores colexiados de goberno.
- Nos supostos previstos nos dous números anteriores, cando o valor do ben ou dereito, segundo taxación, exceda os 3.000.000 de euros, o alleamento debe autorizalo o Consello da Xunta, por proposta da persoa titular da consellería competente en materia de patrimonio, ou da entidade pública instrumental.

Artigo 75. O procedemento de alleamento de bens inmobles ou dereitos reais iniciárase sempre de oficio o órgano competente para acordar o alleamento, tras xustificar debidamente no expediente que o ben ou dereito non é necesario para o uso xeral ou o servizo público nin resulta conveniente a súa explotación. O alleamento dos bens inmobles ou dereitos reais pode realizarse mediante poxa pública, por concurso ou adxudicación directa (artigo 75).

A forma ordinaria de alleamento de bens inmobles ou dereitos reais é a poxa pública. Pode acordarse o alleamento por concurso cando estes, pola súa situación, natureza ou características, sexan adecuados para atender as directrices derivadas das políticas públicas e, en particular, da política de vivenda (artigo 76).

Pode acordarse o alleamento de bens inmobles ou dereitos reais do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia por adxudicación directa nos casos previstos no artigo 77 .

2. ALLEAMENTO DOUTROS BENS E DEREITOS.

Artigo 79. A competencia para allear os bens mobles do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia corresponde ao titular da consellería que os teña adscritos ou ao órgano unipersoal de goberno da entidade pública instrumental a que pertencen. A resolución de alleamento implica a desafectación dos bens.

O alleamento de bens mobles do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia terá

lugar ordinariamente mediante poxa pública. Non obstante o anterior, o alleamento pode efectuarse de forma directa cando se dean os supostos previstos para a venda directa de bens inmobles, nos casos que sexan de aplicación. As normas reguladoras das poxas de bens inmobles serán aplicables con carácter supletorio.

O alleamento de dereitos de propiedade incorporal acordarao a consellería ou entidade pública instrumental competente por razón da materia, logo de informe favorable da consellería competente en materia de patrimonio. Cando o valor do dereito, segundo taxación, exceda os 3.000.000 de euros, o alleamento debe autorizalo o Consello da Xunta.

O alleamento de dereitos de propiedade incorporal do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia terá lugar ordinariamente mediante poxa pública. Non obstante o anterior, o alleamento pode efectuarse de forma directa cando concorra algún dos supostos previstos no artigo 77 da presente lei (artigo 80).

O artigo 81 prevé a posibilidade de permutar os bens e dereitos do patrimonio cando resulte conveniente para o interese público e a diferenza de valor entre os bens ou dereitos que se trate de permutar, segundo taxación, non sexa superior ao 50% dos que o teñan maior. Se a diferenza é maior, o expediente tramitarase como adquisición ou alleamento segundo o caso, con pagamento de parte do prezo en especie.

D) CESIÓN GRATUÍTA DE BENS E DEREITOS.

Segundo o artigo 82. Os bens e dereitos patrimoniais da Comunidade Autónoma de Galicia poden ser cedidos gratuitamente para a realización de fins de utilidade pública ou interese social a outras administracións públicas, fundacións públicas e entidades sen ánimo de lucro, sempre que a súa afectación ou explotación non se considere previsible. As entidades públicas instrumentais só poden ceder gratuitamente os bens ou dereitos da súa propiedade cando teñan atribuídas facultades para o seu alleamento e non se estime procedente a súa incorporación ao patrimonio da Administración xeral da Comunidade Autónoma.

De acordo co disposto nos artigos 85 e seguintes, os bens e dereitos obxecto da cesión só

poden destinarse aos fins que a xustifican, e na forma e coas condicións que se establezan no correspondente acordo (En caso de non respectarse este fin, o artigo 86 autoriza a súa resolución.)

V. PROTECCIÓN E DEFENSA

A Lei 5/2011, do 30 de setembro, dedica o seu título VII á “*Protección e defensa do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia*”, complementándose co título VIII, que establece o réxime sancionador na materia.

Centrarémonos no título VII da lei, dada a súa especificidade en materia de protección e defensa do patrimonio autonómico. Este título estrutúrase en tres capítulos relativos a:

- Obrigación de protexer e defender o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia. Este capítulo ten un carácter xeral e regula a obrigación de protexer e defender o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia -predicable tanto da Administración xeral da Comunidade Autónoma e as entidades públicas instrumentais, como das persoas que teñan ao seu cargo bens ou dereitos do patrimonio autonómico-, así como o deber de colaboración na protección e defensa do patrimonio autonómico.
- Medios de protección dos bens e dereitos públicos
- Defensa dos bens e dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia

A.- PROTECCIÓN DOS BENS E DEREITOS PÚBLICOS (Cap. II, título VII Lei 5/2011):

A1.- INVENTARIO XERAL DE BENS E DEREITOS (artigos 106 a 108).

De acordo co artigo 106 Lei 5/2011, “*o Inventario xeral de bens e dereitos da Comunidade Autónoma de Galicia é o instrumento de apoio á xestión patrimonial no que se deixa constancia de todos os bens e dereitos que integran o patrimonio da Comunidade Autónoma*”, mediante a incorporación dos datos precisos para facer constar:

- A súa identificación,
- A súa situación xurídica,
- As limitacións que poida ter a súa disposición
- O seu destino ou uso.

Quedan excluídos do Inventario xeral (106.2):

- 1) Os bens e dereitos que sexan adquiridos co propósito de devolvelos ao tráfico xurídico patrimonial de acordo cos seus fins peculiares ou para cumprir cos requisitos sobre provisións técnicas obrigatorias,
- 2) Os bens de natureza consumible de vida útil inferior a un ano.
- 3) Aqueles bens mobles que tivesen un valor unitario inferior ao límite que fixe a consellería competente en materia de patrimonio.

O Inventario xeral de bens e dereitos non ten a consideración de rexistro público e os datos reflectidos nel non producen efectos fronte a terceiros nin poden ser utilizados para facer valer dereitos fronte á Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia ou ás entidades públicas instrumentais, senón que unicamente constitúen información de apoio para a xestión interna e a definición de políticas da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais.

A2.- RÉXIME REXISTRAL (artigos 109 a 111)

O artigo 109 impón, con carácter xeral, a obrigaón de inscribir todos os bens e dereitos do patrimonio susceptibles de inscrición, sen distinción en función da súa natureza demanial ou patrimonial, establecendo, non obstante, o carácter potestativo da inscrición *"en caso de arrendamentos inscritibles consonte a lexislación hipotecaria"*. A inscrición no rexistro da propiedade axustarase ao establecido na lexislación hipotecaria e na normativa de aplicación xeral ao patrimonio das administracións públicas.

A3.- RÉXIME DE ASEGURAMENTO (artigo 112)

De acordo co artigo 112:

- "1. Os bens e dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia estarán cubertos por póliza de aseguramento cando veña establecido legalmente, así como cando se considerase conveniente polo seu valor histórico-artístico, económico ou doutra índole.*
- 2. Os concesionarios, cesionarios, usufrutuarios e titulares en xeral de dereitos de uso ou aproveitamento sobre os bens ou dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia poderán ser obrigados a asegurar estes bens e dereitos de acordo co que se*

estableza no correspondente título habilitante”.

B.- DEFENSA DOS BENS E DEREITOS DO PATRIMONIO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA (Cap. III, título VII da Lei 5/2011 – artigos 113 a 125)

De acordo co artigo 113, número 1, da Lei 5/2011, *“A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais presentarán as accións xudiciais e desenvolverán as actuacións administrativas que sexan pertinentes para a defensa do seu patrimonio, e dispoñerán das seguintes facultades e prerrogativas:*

a) Inspeccionar os bens e dereitos dos seus patrimonios e investigar a situación daqueles que presumiblemente lles pertenzan.

b) Deslindar en vía administrativa os inmobles da súa titularidade.

c) Recuperar de oficio a posesión sobre os seus bens e dereitos.

d) Desafiuzar en vía administrativa os posuidores dos inmobles demaniais, unha vez extinguido o título que ampara a súa tenza”.

A continuación recóllese unha serie de regras básicas en materia de defensa do patrimonio da Comunidade Autónoma, que poñen en evidencia as singulares potestades da Administración para a defensa do seu patrimonio.

- Así, en primeiro lugar, debe facerse referencia á prohibición de interditos contra a administración, recollida no número 2 do artigo 113: *“De acordo co establecido na normativa estatal, contra os actos administrativos ditados en exercicio destas facultades e potestades non se admitirán accións interditais ou para a tutela sumaria da posesión das previstas na Lei de axuizamento civil, e só poderán ser obxecto de recurso ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa por infracción das normas sobre competencia e procedemento, logo de que se esgotase a vía administrativa”.*
- Por outra parte, de acordo co número 3, *“os que polo exercicio destas potestades se considerasen prexudicados no seu dereito de propiedade ou outros de natureza civil poderán interpor as accións pertinentes ante a xurisdición civil, despois de ter presentado a reclamación previa en vía administrativa prevista na normativa básica*

estatal en materia de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común".

- O último número exige informe do órgano competente para a súa defensa (órgano determinado no artigo 114) cando na tramitación de calquera procedemento administrativo resulten implicados bens ou dereitos do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia. O incumprimento deste trámite comporta importantes consecuencias, determinando a nulidade de pleno dereito do acto que se dite se se trata de bens ou dereitos de dominio público, ou ben a súa anulabilidade, cando os bens ou dereitos sexan de carácter patrimonial.
- Finalmente debe destacarse que *"as entidades públicas empresariais que por lei teñan que adecuar a súa actividade ao ordenamento xurídico privado só poden exercer as potestades enumeradas no artigo anterior para a defensa dos seus bens e dereitos demaniais"* (artigo 114.3).

B.1.- INSPECCIÓN E INVESTIGACIÓN DE BENS E DEREITOS (artigos 115 a 119)

Como establece o artigo 115, *"a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais teñen a facultade de inspeccionar o seu patrimonio e de investigar a situación dos bens e dereitos que presumiblemente formen parte del, co fin de determinar a súa titularidade, de non constarlles de modo certo"*. Para tal efecto, deberán seguir os procedementos de inspección e de investigación regulados nos artigos 116 e 117, respectivamente.

B.2.- DESLINDAMENTO (artigo 119 a 121)

De acordo co artigo 119.1 da Lei 5/2011, *"a Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as entidades públicas instrumentais poden deslindar os bens inmobles dos seus patrimonios doutros pertencentes a terceiros, cando os límites entre eles sexan imprecisos"*. Para tal efecto, seguirán o procedemento previsto no artigo 120 e procederán á inscrición do deslindamento ou á inmatriculación do ben no rexistro de propiedade nos termos do artigo 121.

Unha vez iniciado o procedemento administrativo de deslindamento, e en canto dure a súa tramitación, non poderá instarse procedemento xudicial con igual pretensión, de acordo co

previsto no artigo 50 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das AAPP.

B.3.- RECUPERACIÓN POSESORIA (artigos 122 a 123)

O privilexio de recuperación posesoria, coñecido como "*interdictum proprium*", serve para que a Administración recupere os seus bens en réxime de autotutela e sen necesidade de intervención xudicial. De acordo co artigo 122, número 1:

"A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e as súas entidades públicas instrumentais poden recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos dos seus patrimonios. Tamén poderán exercer esta potestade sobre bens e dereitos que se incorporasen aos seus patrimonios por sucesión na posición xurídica do transmitente, cando a posesión sexa perdida polo seu anterior titular".

Esta potestade pode exercerse tanto respecto dos bens e dereitos demaniais como respecto dos patrimoniais, coa única diferenza dos prazos sinalados para o exercicio de tal privilexio. Así, cando se trate de bens e dereitos demaniais, esta potestade de recuperación posesoria pode exercerse "en calquera momento" (artigo 122.2); pero se se trata de bens e dereitos patrimoniais, o prazo para o seu exercicio é dun ano. Ao respecto dispón o artigo 122.3:

"Se se trata de bens e dereitos patrimoniais, a recuperación da posesión en vía administrativa require que a iniciación do procedemento fose notificada antes de que transcorra o prazo dun ano, contado desde o día seguinte ao da usurpación. Pasado ese prazo, para recuperar a posesión destes bens deberanse exercer as accións correspondentes ante os órganos da orde xurisdiccional civil".

O procedemento de recuperación posesoria regúlase no artigo 123. Iniciarase de oficio, e o prazo máximo para resolver será de seis meses. A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva.

B.4.- DESAFIUZAMENTO ADMINISTRATIVO (artigos 124 e 125).

A potestade de desafiuamento regúlase no artigo 124 a cuxo teor, "*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 decaian ou desaparezan 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 sexa perdida polo seu anterior titular”.

Para o exercicio da potestade de desafiuzamento requírese, en todo caso, a declaración previa da extinción ou caducidade do título que outorgaba o dereito de utilización dos bens de dominio público.

O procedemento de desafiuzamento regúlase no artigo 125. Iníciase de oficio e débese resolver no prazo máximo de seis meses. A resolución pola que se acorde a recuperación posesoria é inmediatamente executiva.

ANA GONZÁLEZ DE VICENTE

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 31

**EMPREGO PÚBLICO. RÉXIME LEGAL E
COMPETENCIAS DA XUNTA DE GALICIA.
CLASES DE PERSOAL AO SERVIZO DA XUNTA
DE GALICIA. ADQUISICIÓN E PERDA DA
RELACIÓN DE SERVIZO. RÉXIME
DISCIPLINARIO**

TEMA 31. EMPREGO PÚBLICO. RÉXIME LEGAL E COMPETENCIAS DA XUNTA DE GALICIA. CLASES DE PERSOAL AO SERVIZO DA XUNTA DE GALICIA. ADQUISICIÓN E PERDA DA RELACIÓN DE SERVIZO. RÉXIME DISCIPLINARIO

1. EMPREGO PÚBLICO

A Constitución española reserva, no seu artigo 149.1.18), como competencia exclusiva do Estado *“as bases do réxime xurídico das administracións públicas e do réxime estatutario dos seus funcionarios que, en todo caso, garantirán aos administrados un tratamento común ante elas”*. Así mesmo, no artigo 103.3 sinala que *“a lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos”*. De conformidade coa dita previsión constitucional, aprobouse a Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público (en diante, Estatuto básico).

Até a entrada en vigor do Estatuto básico, a situación a nivel normativo era a seguinte:

1. A Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, establece no seu artigo 1.3 que se consideran bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos unha serie de preceptos. Non hai que esquecer a reserva que a Constitución española realiza no seu artigo 149.1.18), xa citado, ao Estado, e, polo tanto, ao abeiro deste artigo realiza esta regulación que, polo seu carácter de bases, é aplicable ao persoal de todas as administracións públicas. Así mesmo, o artigo 1.5 desta norma sinala que ten carácter supletorio para todo o persoal ao servizo do Estado e das administracións públicas non incluído no seu ámbito de aplicación. Polo tanto, á marxe dos preceptos básicos referidos no artigo 1.3, esta lei é de aplicación supletoria no resto do seu articulado.
2. O Decreto 315/1964, do 7 de febreiro, polo que se aproba o texto articulado da Lei de funcionarios civís do Estado. Aínda que coa entrada en vigor da Lei 30/1984, moitos preceptos do Decreto 315/1964 quedaron derogados, no que se mantiña vixente seguía tendo carácter supletorio, como sinala o seu artigo 2.3.
3. A Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas, aplicable ao persoal ao servizo das administracións das

comunidades autónomas e dos organismos delas dependentes, así como das súas asembleas lexislativas e órganos institucionais (artigo 2.b).

4. Finalmente, a Lei 9/1987, do 12 de xuño, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ao servizo das administracións públicas, dispón, no seu artigo 1, que regula os órganos de representación e a participación, así como os procedementos de determinación das condicións de traballo, do persoal que preste os seus servizos nas distintas administracións públicas, sempre que estea vinculado a elas a través dunha relación de carácter administrativo ou estatutario.

En resumo, o marco normativo estaba formado por unha serie de normas estatais aplicables ao persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, ben polo carácter de bases do seu articulado, pola aplicación directa que prevén os seus artigos ou pola súa aplicación supletoria.

No *Boletín Oficial del Estado* núm. 89, do 13 de abril de 2007, publicouse a Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, que derroga algunhas das normas citadas e vixentes até ese momento. Así, a súa disposición derogatoria única establece que quedan derrogadas, co alcance establecido na disposición derradeira cuarta, as seguintes disposicións:

- a) Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública: parte do seu articulado. En concreto, quedan derrogados os artigos que o artigo 1.3 da Lei 30/1984 considera bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos ditados ao abeiro do artigo 149.1.18) da Constitución española.
- b) Decreto 315/1964, do 7 de febreiro, polo que se aproba o texto articulado da Lei de funcionarios civís do Estado: parte do seu articulado.
- c) Lei 9/1987, do 12 de xuño, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ao servizo das administracións públicas: derrógase na súa totalidade, excepto o artigo 7, e coa excepción prevista na disposición transitoria quinta do Estatuto básico, que se refire ao procedemento

electoral.

O Estatuto básico do empregado público conta con 11 disposicións adicionais, 8 disposicións transitorias, 1 disposición derogatoria e 4 disposicións derradeiras, e ten a seguinte estrutura:

a) Título I: obxecto e ámbito de aplicación (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 1 a 7.

b) Título II: clases de persoal ao servizo das administracións públicas (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 8 a 13.

- Subtítulo I: persoal directivo.

c) Título III: dereitos e deberes. Código de conduta dos empregados públicos: artigos 14 a 54.

- Capítulo I: dereitos dos empregados públicos (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

- Capítulo II: dereito á carreira profesional e á promoción interna. A avaliación do desempeño (producirá efectos a partir da entrada en vigor das leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto).

- Capítulo III: dereitos retributivos (producirá efectos a partir da entrada en vigor das leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto, excepto o artigo 25.2, aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

- Capítulo IV: dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional. Dereito de reunión (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

- Capítulo V: dereito á xornada de traballo, permisos e vacacións (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

- Capítulo VI: deberes dos empregados públicos. Código de conduta (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

d) Título IV: adquisición e perda da relación de servizo: artigos 55 a 68.

- Capítulo I: acceso ao emprego público e adquisición da relación de servizo (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
- Capítulo II: perda da relación de servizo (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).

e) Título V: ordenación da actividade profesional: artigos 69 a 84.

- Capítulo I: planificación de recursos humanos (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
- Capítulo II: estruturación do emprego público (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto).
- Capítulo III: provisión de postos de traballo e mobilidade (producirá efectos a partir da entrada en vigor das leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto).

f) Título VI: situacións administrativas (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 85 a 92.

g) Título VII: réxime disciplinario (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 93 a 98.

h) Título VIII: cooperación entre as administracións públicas (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto): artigos 99 e 100.

O seu obxecto, de acordo co artigo 1, é establecer as bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos incluídos no seu ámbito de aplicación e, así mesmo, determinar as normas aplicables ao persoal laboral ao servizo das administracións públicas. E o seu ámbito de aplicación vén regulado no artigo 2, sen esquecer que ten carácter supletorio para todo o persoal das administracións públicas non incluído nel.

As disposicións deste Estatuto básico, segundo a súa disposición derradeira primeira,

dítanse ao abeiro dos seguintes artigos da Constitución: 149.1.18), bases do réxime estatutario dos funcionarios; 149.1.7), lexislación laboral, e 149.1.13), bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica.

E na súa disposición derradeira segunda engade que as previsións desta lei son de aplicación a todas as comunidades autónomas, respectando, en todo caso, as posicións singulares en materia de sistema institucional e as competencias exclusivas e compartidas en materia de función pública e de autoorganización que lles atribúen os respectivos estatutos de autonomía, no marco da Constitución.

A entrada en vigor do Estatuto básico, segundo a súa disposición derradeira cuarta, fixouse no prazo dun mes a partir da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado*. Porén, a entrada en vigor de parte do seu articulado diferiuse até a aprobación das leis de función pública das administracións públicas que se diten en desenvolvemento del. Até que se diten as leis de función pública e as normas regulamentarias de desenvolvemento, manteranse en vigor en cada Administración pública as normas vixentes sobre ordenación, planificación e xestión de recursos humanos en canto non se opoñan ao establecido nel.

2. RÉXIME LEGAL E COMPETENCIAS DA XUNTA DE GALICIA

O marco xurídico en que se sitúa a regulación do réxime xurídico da función pública da Comunidade Autónoma de Galicia parte necesariamente da reserva que a Constitución española realiza en favor do Estado no artigo 149.1.18), sinalado anteriormente, así como do artigo 103.3 do texto constitucional.

En consonancia con esta reserva constitucional, o artigo 28.1 da Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, de Estatuto de autonomía de Galicia, establece que “*é competencia da Comunidade Autónoma galega o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado, nos termos que esta estableza, das seguintes materias: réxime xurídico da Administración pública de Galicia e réxime estatutario dos seus funcionarios*”.

A organización e estruturación da función pública de Galicia é consecuencia da potestade de autoorganización propia da Comunidade Autónoma de Galicia, sempre dentro do marco reservado á competencia estatal de conformidade coa Constitución española.

A regulación autonómica na materia, polo tanto, axústase á competencia que lle corresponde á Comunidade Autónoma de Galicia segundo o seu Estatuto de autonomía, condicionada pola reserva estatal contida na Constitución española:

1. Texto refundido da Lei da función pública de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/2008, do 13 de marzo (en diante, Lei da función pública de Galicia).
2. Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia.
3. Lei 7/2004, do 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes.
4. Decreto 92/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de situacións administrativas dos funcionarios da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.
5. Decreto 93/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de provisión de postos de traballo, promoción profesional e promoción interna.
6. Decreto 94/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, modificado polo Decreto 157/2004, do 7 de xullo.
7. Decreto 95/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de selección de persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.
8. V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia.
9. Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, vixente desde o pasado 24 de maio.

A Lei de emprego público de Galicia

O texto refundido da Lei da función pública de Galicia ten 11 disposicións adicionais, 15 disposicións transitorias, 2 derogatorias e 5 derradeiras, e 212 artigos.

Sinala no seu artigo 1 que ten por obxecto a regulación do réxime xurídico da función pública galega e a determinación das normas aplicables a todo o persoal ao servizo das

administracións públicas incluídas no seu ámbito de aplicación, en exercicio das competencias atribuídas á Comunidade Autónoma de Galicia no seu Estatuto de autonomía e en desenvolvemento do Estatuto básico do empregado público.

E no seu artigo 4 dispón que a presente lei se aplica ao persoal funcionario e, no que proceda, ao persoal laboral ao servizo das seguintes administracións públicas: a) A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia; b) As entidades locais galegas; c) As entidades públicas instrumentais do sector público autonómico de Galicia enunciadas na letra a) do artigo 45 da Lei 16/2010, do 17 de decembro, de organización e funcionamento da Administración xeral e do sector público autonómico de Galicia; d) As entidades públicas instrumentais vinculadas ou dependentes das entidades locais galegas, e e) As universidades públicas galegas. O ámbito de aplicación definido por este artigo enténdese sen prexuízo das especialidades establecidas nos artigos seguintes.

Por outra parte, e en relación co persoal laboral, actualmente está en vigor o V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia, que ten 12 disposicións transitorias, 19 disposicións adicionais, os anexos IA, IB, IIA, IIB, III, IV e V, e a seguinte estrutura:

1. Capítulo I: ámbito do convenio (artigos 1 e 2).
2. Capítulo II: órgano de vixilancia (artigo 3).
3. Capítulo III: estabilidade no emprego e incompatibilidades (artigos 4 e 5).
4. Capítulo IV: provisión de vacantes e acceso á condición de persoal laboral (artigos 6 a 14).
5. Capítulo V: organización e dirección do traballo (artigos 15 a 17).
6. Capítulo VI: xornada, horario de traballo, descanso e vacacións (artigos 18 a 20).
7. Capítulo VII: licenzas e excedencias (artigos 21 a 24).
8. Capítulo VIII: condicións económicas (artigos 25 a 30).

9. Capítulo IX: beneficios sociais (artigos 31 a 38).
10. Capítulo X: seguridade e hixiene (artigos 39 a 42).
11. Capítulo XI: mobilidade (artigo 43).
12. Capítulo XII: dereitos sindicais (artigos 44 a 46).
13. Capítulo XIII: réxime disciplinario (artigo 47).

De conformidade co seu artigo 1, este convenio establece e regula as normas polas que se rexerán as relacións de carácter xurídico-laboral entre a Xunta de Galicia e o persoal que, suxeito á lexislación laboral, preste os seus servizos baixo a súa dependencia e a dos seus organismos autónomos. Integrarase neste convenio o persoal laboral que, con posterioridade á súa publicación, pase a depender da Xunta de Galicia ou dos seus organismos autónomos.

Este convenio foi afectado por unha sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que declara a nulidade dunha serie de preceptos. Na súa virtude, foi ditada Resolución do 5 de agosto de 2010, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se dispón o rexistro e a publicación, no *Diario Oficial de Galicia*, do acordo do comité intercentros polo que se modifica o texto do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia, publicado no *Diario Oficial de Galicia* núm. 203, do 3 de novembro de 2009, tras a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de xaneiro de 2010 (*Diario Oficial de Galicia* núm. 157, do 17 de agosto de 2010). Con ela, ademais dunha corrección de erros e supresión dun punto dun artigo declarado nulo, modificouse a redacción dalgúns artigos e introduciuse un novo artigo (o 21 bis) e unha nova disposición adicional (a décimo novena).

3. CLASES DE PERSOAL AO SERVIZO DA XUNTA DE GALICIA

O Estatuto básico regula no seu título II (aplicable desde a súa entrada en vigor) as clases de persoal ao servizo das administracións públicas. No seu artigo 8 considera empregados públicos aqueles que desempeñan funcións retribuídas nas administracións públicas ao servizo dos intereses xerais, e clasifícaos en:

1. Funcionarios de carreira.
2. Funcionarios interinos.
3. Persoal laboral, xa sexa fixo, por tempo indefinido ou temporal.
4. Persoal eventual.

Pola súa parte, a actual Lei de emprego de Galicia ocúpase, no seu artigo 20, do concepto e as clases de empregados públicos e sinala que:

“1. Son empregados públicos as persoas que desempeñan funcións retribuídas ao servizo dos intereses xerais nas administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei.

2. Os empregados públicos clasifícanse en:

- a) Persoal funcionario de carreira.
- b) Persoal funcionario interino.
- c) Persoal laboral.
- d) Persoal eventual.”

3.1. Funcionarios de carreira

De acordo co Estatuto básico (artigo 9), son funcionarios de carreira aqueles que, en virtude de nomeamento legal, estean vinculados a unha Administración pública por unha relación estatutaria regulada polo dereito administrativo para o desempeño de servizos profesionais retribuídos de carácter permanente.

En todo caso, o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio de potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas corresponde exclusivamente aos funcionarios públicos, nos termos que na lei de desenvolvemento de cada Administración pública se estableza.

A Lei de emprego público de Galicia (artigo 21) define os funcionarios como aqueles que,

en virtude de nomeamento legal, están vinculados á Administración pública por unha relación estatutaria regulada polo dereito administrativo para o desempeño de servizos profesionais retribuídos de carácter permanente.

3.2. Funcionarios interinos

Son funcionarios interinos, de acordo co Estatuto básico (artigo 10), os que, por razóns expresamente xustificadas de necesidade e urxencia, son nomeados como tales para o desempeño de funcións propias de funcionarios de carreira, cando se dea algunha das seguintes circunstancias:

- a. A existencia de prazas vacantes cando non sexa posible a súa cobertura por funcionarios de carreira.
- b. A substitución transitoria dos titulares.
- c. A execución de programas de carácter temporal.
- d. O exceso ou acumulación de tarefas por prazo máximo de seis meses, dentro dun período de doce meses.

A selección de funcionarios interinos deberase realizar mediante procedementos áxiles que respectarán en todo caso os principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade.

O cesamento dos funcionarios interinos producirase, ademais de polas causas previstas no artigo 63, cando finalice a causa que deu lugar ao seu nomeamento.

Aos funcionarios interinos seralles aplicable, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira.

A Lei de emprego público de Galicia dispón no seu artigo 23 que:

“1. Teñen a condición de persoal funcionario interino as persoas que, por razóns expresamente xustificadas de necesidade e urxencia, son nomeadas en tal condición para o desempeño de funcións propias do persoal funcionario de carreira.

2. Para que poida procederse ao nomeamento de persoal funcionario interino ten que

concorrer algunha das seguintes circunstancias:

a) A existencia de postos vacantes, con dotación orzamentaria, cando non sexa posible a súa cobertura por persoal funcionario de carreira. Os postos vacantes desempeñados por persoal funcionario interino deben incluírse na oferta de emprego correspondente ao exercicio en que se produce o seu nomeamento e, se non for posible, na seguinte, salvo que se decida a súa amortización ou, no caso do persoal docente, que a planificación educativa o impida.

b) A substitución transitoria das persoas titulares dos postos. Nos casos de redución de xornada, xubilación parcial ou permisos a tempo parcial poderá nomearse persoal funcionario interino para cubrir a parte da xornada de traballo que non realice a persoa titular do posto.

c) A execución de programas de carácter temporal e de duración determinada que non respondan a necesidades permanentes da Administración. O prazo máximo de duración da interinidade farase constar expresamente no nomeamento e non poderá ser superior a tres anos, ampliables até doce meses máis se o xustifica a duración do correspondente programa.

d) O exceso ou acumulación de tarefas, de carácter excepcional e circunstancial, por un prazo máximo de seis meses dentro dun período de doce meses.

Os nomeamentos de persoal funcionario interino pola circunstancia prevista nesta letra non poden superar en ningún caso o vinte por cento do total do persoal funcionario do centro directivo, nin o tres por cento do persoal funcionario da Administración de que se trate. Para estes efectos, no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais do sector público autonómico, enténdese por centro directivo cada unha das secretarías xerais, direccións xerais, secretarías xerais técnicas e entidades públicas instrumentais do sector público autonómico.

3. O persoal funcionario interino docente que imparta as ensinanzas reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, ou norma que a substitúa, nomearase sempre cunha duración determinada, e a data de finalización do nomeamento non

excederá o inicio do curso académico inmediatamente seguinte.”

3.3. Persoal laboral

É persoal laboral o que en virtude de contrato de traballo formalizado por escrito, en calquera das modalidades de contratación de persoal previstas na lexislación laboral, presta servizos retribuídos polas administracións públicas (artigo 11 do Estatuto básico). En función da duración do contrato este poderá ser fixo, por tempo indefinido ou temporal.

O artigo 26 da Lei de emprego público de Galicia dispón que:

“1. Teñen a condición de persoal laboral as persoas que, en virtude de contrato de traballo formalizado por escrito, en calquera das modalidades de contratación de persoal previstas na lexislación laboral, prestan servizos retribuídos nas administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei. En función do réxime de duración do contrato, este pode ser fixo, temporal ou indefinido.

2. En ningún caso poden ser desempeñados por persoal laboral os postos de traballo que estean reservados a persoal funcionario en virtude do previsto no número segundo do artigo 22 desta lei.

3. Poden ser desempeñados por persoal laboral:

a) Os postos de natureza non permanente e aqueles cuxas actividades se dirixan a satisfacer necesidades de carácter periódico e discontinuo.

b) Os postos cuxas actividades sexan propias de oficios.

c) Os postos correspondentes a áreas de actividade que requiran coñecementos técnicos especializados cando non existan corpos ou escalas de persoal funcionario nos cales as persoas integrantes teñan a preparación específica necesaria para o seu desempeño.

d) Os postos de carácter instrumental correspondentes ás áreas de mantemento e conservación de edificios, equipamentos e instalacións, e artes gráficas, así como os postos das áreas de expresión artística.”

O seu artigo 27 ocúpase do persoal laboral temporal e sinala que:

“1. Os postos de traballo vacantes que poidan ser desempeñados por persoal laboral e que se consideren de provisión urxente e inaprazable poden ser cubertos mediante a contratación de persoal laboral temporal de conformidade cos procedementos recollidos no convenio colectivo que resulte de aplicación. En todo caso, para a contratación deste persoal laboral non se poderá acudir ás empresas de traballo temporal.

2. Os postos vacantes cubertos mediante a contratación de persoal laboral temporal incluíranse na primeira oferta de emprego público que se aprobe despois desa contratación e nos seguintes concursos de traslados, salvo que se dispoña a súa amortización.

3. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei non poden converter en fixa unha relación laboral de carácter temporal. Incorrerán en responsabilidade, nos termos previstos por esta lei, as persoas que coa súa actuación irregular dean lugar á conversión en fixa dunha relación laboral de carácter temporal.

4. A prestación de servizos en réxime de persoal laboral temporal non constitúe mérito preferente para o acceso á condición de persoal laboral fixo. Non obstante o anterior, o tempo de servizos prestados computarase nos supostos de concurso-oposición ou de concurso, nos termos que se establezan na correspondente convocatoria.”

E no seu artigo 28, do persoal laboral indefinido, que establece que:

“1. As relacións de postos de traballo serán obxecto das modificacións necesarias para axustalas á creación de postos derivados de sentenzas xudiciais firmes que recoñezan situacións laborais de carácter indefinido, cando a persoa afectada non poida ser adscrita a un posto de traballo vacante. A proposta de modificación da relación de postos de traballo deberá efectuarse no prazo máximo de tres meses, contados a partir da data da firmeza da sentenza xudicial.

2. Os postos de traballo creados en aplicación do previsto neste artigo incluíranse nas correspondentes relacións de postos de traballo como postos de persoal funcionario ou,

excepcionalmente, de persoal laboral cando a natureza das súas funcións así o requira, e incorporaranse á oferta de emprego público, salvo que se dispoña a súa amortización.

3. Unha vez modificada a relación de postos de traballo, a persoa afectada será adscrita ao posto de nova creación.

4. Incorrerán en responsabilidade, nos termos previstos pola presente lei, as persoas que coa súa actuación irregular dean lugar á conversión en indefinida dunha relación laboral de carácter temporal ou á adquisición da condición de empregado público por unha persoa que non a tiña.”

3.4. Persoal eventual

É persoal eventual o que, en virtude de nomeamento e con carácter non permanente, só realiza funcións expresamente cualificadas como de confianza ou asesoramento especial, e é retribuído con cargo aos créditos orzamentarios consignados para este fin (artigo 12 do Estatuto básico).

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste Estatuto determinarán os órganos de goberno das administracións públicas que poderán dispor deste tipo de persoal. O número máximo establecerano os respectivos órganos de goberno. Este número e as condicións retributivas serán públicos.

O nomeamento e cesamento serán libres. O cesamento terá lugar, en todo caso, cando se produza o da autoridade a que preste a función de confianza ou asesoramento.

A condición de persoal eventual non poderá constituír mérito para o acceso á función pública ou para a promoción interna.

Ao persoal eventual seralle aplicable, no que sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira.

A Lei de emprego público de Galicia, no seu artigo 29, dispón que:

“1. Teñen a condición de persoal eventual as persoas que, en virtude de nomeamento e con carácter non permanente, só realizan funcións expresamente cualificadas como de

confianza ou asesoramento especial, retribuídas con cargo aos créditos orzamentarios consignados para este fin.

2. Para os efectos previstos neste artigo, enténdense por funcións de confianza ou asesoramento especial aquelas nas cales concorran as seguintes circunstancias:

a) Asesoramento vinculado ao desempeño e formulación de estratexias e propostas de actuación ou difusión no ámbito das competencias da autoridade que efectuou o nomeamento, ou apoio que supoña unha colaboración de carácter reservado.

b) Non estar reservadas a persoal funcionario.

c) Especial dedicación e dispoñibilidade horaria.

3. O persoal eventual en ningún caso pode realizar actividades ordinarias de xestión ou de carácter técnico nin ningunha das funcións que corresponden ao persoal funcionario de carreira.”

Segundo o artigo 30:

“1. O nomeamento do persoal eventual é libre.

2. O cesamento do persoal eventual corresponde aos mesmos órganos competentes para o seu nomeamento e prodúcese pola concorrencia dalgunha das seguintes causas:

a) Libre decisión da autoridade que efectuou o nomeamento.

b) Cesamento da autoridade que efectuou o nomeamento. Neste caso, o cesamento do persoal eventual prodúcese de forma automática co cesamento da dita autoridade.

c) Renuncia.”

Ao persoal eventual, segundo o artigo 31, élle de aplicación, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral do persoal funcionario de carreira. Cando o persoal funcionario de carreira acceda a postos de traballo de carácter eventual, poderá optar entre permanecer na situación de servizo activo ou pasar á situación de servizos especiais. A determinación das condicións de emprego do persoal eventual non ten a

consideración de materia obxecto de negociación colectiva para efectos da presente lei. A prestación de servizos como persoal eventual non constituirá mérito ningún para o acceso ao emprego público nin para a promoción dentro deste.

Persoal directivo

Á marxe da clasificación dos empregados públicos, o Estatuto básico regula no subtítulo I deste título II o persoal directivo e no seu artigo 13 sinala que o Goberno e os órganos de goberno das comunidades autónomas poderán establecer, en desenvolvemento deste Estatuto, o réxime xurídico específico do persoal directivo, así como os criterios para determinar a súa condición, de acordo, entre outros, cos seguintes principios:

1. É persoal directivo o que desenvolve funcións directivas profesionais nas administracións públicas, definidas como tales nas normas específicas de cada Administración.
2. A súa designación atenderá a principios de mérito e capacidade e a criterios de idoneidade, e levarase a cabo mediante procedementos que garantan a publicidade e concorrencia.
3. O persoal directivo estará suxeito a avaliación conforme os criterios de eficacia e eficiencia, responsabilidade pola súa xestión e control de resultados en relación cos obxectivos que lle fosen fixados.
4. A determinación das condicións de emprego do persoal directivo non terá a consideración de materia obxecto de negociación colectiva para os efectos desta lei. Cando o persoal directivo reúna a condición de persoal laboral estará sometido á relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Do persoal directivo ocúpanse tamén os artigos 33 e seguintes da Lei de emprego público de Galicia, cuxos números 1 e 2 do artigo 33 que:

“1. Teñen a condición de persoal directivo as persoas que desenvolven funcións directivas profesionais nas administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei.

2. Enténdense por funcións directivas as tarefas xerenciais ou de dirección ou coordinación de unidades administrativas integradas polo número mínimo de efectivos de persoal que se determine regulamentariamente. Os postos que serán cubertos por esta clase de persoal recolleranse nunha relación de postos directivos de contido análogo ao da relación de postos de traballo”.

Pola súa parte, os números 4 e 5 do citado artigo dispoñen que “O réxime xurídico específico do persoal directivo incluído no ámbito de aplicación da presente lei será establecido por decreto do Consello da Xunta en desenvolvemento dos principios contidos neste capítulo. A determinación das condicións de emprego do persoal directivo non terá a consideración de materia obxecto de negociación colectiva para efectos desta lei.”

4. ADQUISICIÓN E PERDA DA RELACIÓN DE SERVIZO

4.1. Adquisición da relación de servizo

Partindo da regulación que a Constitución española realiza nos seus artigos 23.2 e 103.3, o Estatuto básico regula no capítulo I do título IV (aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto) o acceso ao emprego público e a adquisición da relación de servizo.

Procederemos a centrarnos na regulación que, ao respecto, se contén na Lei de emprego público de Galicia, que regula esta materia no seu título V, artigos 49 e seguintes.

O artigo 56 ocúpase das clases de sistemas selectivos e sinala que:

“1. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poden utilizar para a selección do seu persoal os sistemas de oposición, concurso-oposición e, excepcionalmente, concurso, nos termos previstos polo artigo seguinte.

2. A oposición consiste na superación das probas teóricas e/ou prácticas que se establezan na convocatoria, as cales deberán permitir determinar a capacidade das persoas aspirantes e establecer a orde de prelación entre elas.

As probas poderán consistir na comprobación dos coñecementos e da capacidade analítica dos aspirantes, expresados de forma oral ou escrita, na realización de exercicios que

demostran a posesión de habilidades e destrezas, na comprobación do dominio de linguas estranxeiras e, se for o caso, na superación de probas físicas.

Nos procesos selectivos coidarase especialmente a conexión entre o tipo de probas que hai que superar e a adecuación ao desempeño das tarefas das prazas convocadas.

3. O concurso-oposición consiste na superación das probas correspondentes, ás cales será aplicable o previsto no número anterior, así como na posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condicións de formación, méritos ou niveis de experiencia.

A valoración das ditas condicións de formación, méritos ou niveis de experiencia non suporá máis dun corenta por cento da puntuación máxima alcanzable no proceso selectivo. Co fin de asegurar a debida idoneidade das persoas aspirantes, estas deberán superar na fase de oposición a puntuación mínima establecida para as respectivas probas selectivas.

4. O concurso consiste na valoración exclusiva dos méritos que se sinalen na convocatoria”.

O artigo 57 refírese aos sistemas aplicables á selección do persoal funcionario de carreira e do persoal laboral fixo, ao dispor que:

“1. O persoal funcionario de carreira seleccionarase ordinariamente polo sistema de oposición ou polo sistema de concurso-oposición. Só en virtude de norma con rango de lei pode aplicarse, con carácter excepcional, o sistema de concurso.

2. O persoal laboral fixo pode ser seleccionado polos sistemas de oposición ou concurso-oposición, coas características establecidas no artigo anterior, ou, excepcionalmente, polo sistema de concurso de valoración de méritos.

As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poden negociar as formas de colaboración que no marco dos convenios colectivos fixen a actuación das organizacións sindicais no desenvolvemento dos procesos selectivos do persoal laboral.”

En canto aos órganos de selección, o artigo 59 dispón que:

“1. Os órganos de selección serán colexiados e a súa composición deberá axustarse aos principios de imparcialidade e profesionalidade dos seus membros e de paridade entre mulleres e homes no conxunto das convocatorias da oferta de emprego público respectiva.

2. En ningún caso poden formar parte dos órganos de selección:

a) O persoal de elección ou de designación política.

b) O persoal funcionario interino ou laboral temporal.

c) O persoal eventual.

d) As persoas que nos cinco anos anteriores á publicación da convocatoria tivesen realizado tarefas de preparación de aspirantes a probas selectivas ou tivesen colaborado durante ese período con centros de preparación de opositores.

3. A pertenza aos órganos de selección será sempre a título individual e non se poderá desempeñar esta en representación ou por conta de ninguén.

4. Os membros dos órganos de selección deben pertencer a un corpo, escala ou categoría profesional para o ingreso no cal se requira unha titulación de nivel igual ou superior ao exixido para participar no proceso selectivo.

5. Os órganos de selección actúan con plena autonomía no exercicio da súa discrecionalidade técnica e os seus membros son persoalmente responsables da transparencia e obxectividade do procedemento, da confidencialidade das probas e do estrito cumprimento das bases da convocatoria e dos prazos establecidos para o desenvolvemento do proceso selectivo.

6. A composición e réxime de funcionamento dos órganos de selección establecerase regulamentariamente.

7. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poden crear órganos especializados e permanentes para a organización dos procesos selectivos.”

En relación coa adquisición da condición de funcionario de carreira, o artigo 60 sinala que se produce polo cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) Superación do proceso selectivo.
- b) Acreditación, se for o caso, de que se reúnen os requisitos e condicións exixidos na convocatoria do proceso selectivo.
- c) Nomeamento polo órgano ou autoridade competente, que será publicado no diario oficial correspondente.
- d) Acto de acatamento da Constitución, do Estatuto de autonomía de Galicia e do resto do ordenamento xurídico, así como de compromiso de exercer con imparcialidade as súas funcións.
- e) Toma de posesión dentro do prazo dun mes a partir da publicación do nomeamento.

Os artigos 61 a 63 ocúpense da adquisición da condición de persoal funcionario interino, eventual e da adquisición da condición de persoal laboral:

Artigo 61. Adquisición da condición de persoal funcionario interino

A adquisición da condición de persoal funcionario interino exige, unha vez seleccionado nos termos previstos na alínea primeira do artigo 24, ademais do correspondente nomeamento, o cumprimento sucesivo dos requisitos establecidos nas letras d) e e) do artigo 60.

Artigo 62. Adquisición da condición de persoal eventual

A adquisición da condición de persoal eventual exige, en todo caso, ademais do correspondente nomeamento, o cumprimento sucesivo dos requisitos establecidos nas letras d) e e) do artigo 60.

Artigo 63. Adquisición da condición de persoal laboral

A condición de persoal laboral adquirese pola sinatura do contrato de traballo, logo de acreditación de que se reúnen os requisitos e condicións exixidos e, se for o caso, da

superación do correspondente proceso selectivo.

Igualmente, debe terse en conta o Decreto 95/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de selección de persoal da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia.

4.2. Perda da relación de servizo

Dentro do Estatuto básico, o título IV (aplicable desde a súa entrada en vigor) dedica o capítulo II á perda da relación de servizo e, no seu artigo 63, recolle as *causas de perda da condición de funcionario de carreira*:

- A renuncia á condición de funcionario.
- A perda da nacionalidade.
- A xubilación total do funcionario.
- A sanción disciplinaria de separación do servizo que tiver carácter firme.
- A pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta ou especial para cargo público que tiver carácter firme.

Novamente, centrándonos na regulación autonómica, hai que sinalar que o capítulo III do título V se ocupa da perda da relación de servizo. O seu artigo 64 sinala que: "Son causas de perda da condición de persoal funcionario de carreira:

- a) A renuncia á condición de funcionario.
- b) A perda da nacionalidade, nos termos previstos polo artigo 66.
- c) A xubilación total.
- d) A sanción disciplinaria de separación do servizo que teña carácter firme.
- e) A pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta ou especial para cargo público que teña carácter firme.

f) O falecemento.”

En canto á renuncia, o artigo 65 dispón que:

“1. A renuncia voluntaria á condición de persoal funcionario deberá ser manifestada por escrito e será aceptada expresamente pola Administración, salvo o disposto no número seguinte.

2. Non pode ser aceptada a renuncia cando o persoal funcionario estea suxeito a expediente disciplinario ou sexa ditado na súa contra auto de procesamento ou de apertura de xuízo oral pola comisión dalgún delito.

3. A renuncia á condición de persoal funcionario non inhabilita para ingresar de novo na Administración pública a través do procedemento de selección correspondente.”

Á perda da nacionalidade refírese o artigo 66, ao establecer que: “A perda da nacionalidade española ou a de calquera outro Estado membro da Unión Europea ou a daqueles Estados aos cales, en virtude de tratados internacionais celebrados pola Unión Europea e ratificados por España, lles sexa aplicable a libre circulación de traballadores, que fose tida en conta para o nomeamento, determina a perda da condición de persoal funcionario, salvo que de forma simultánea se adquira a nacionalidade dalgún dos ditos estados.”

O artigo 67 ocúpase da pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta ou especial para cargo público, ao dispor que:

“1. A pena principal ou accesoria de inhabilitación absoluta, cando adquira firmeza a sentenza que a impoña, produce a perda da condición de persoal funcionario respecto a todos os empregos ou cargos que se desempeñasen.

2. A pena principal ou accesoria de inhabilitación especial, cando adquira firmeza a sentenza que a impoña, produce a perda da condición de persoal funcionario respecto daqueles empregos ou cargos especificados na sentenza.”

En canto á xubilación, segundo o artigo 68, esta pode ser:

a) Voluntaria.

b) Forzosa, polo cumprimento da idade legalmente establecida.

c) Pola declaración de incapacidade permanente para o exercicio das funcións propias do seu corpo ou escala, ou polo recoñecemento dunha pensión de incapacidade permanente absoluta ou de incapacidade permanente total en relación co exercicio das funcións do seu corpo ou escala.

A xubilación voluntaria concederase por solicitude da persoa interesada, sempre que reúna os requisitos e condicións establecidos no réxime da Seguridade Social que lle sexa aplicable.

A xubilación forzosa do persoal funcionario declararase de oficio ao cumprir a persoa a idade legalmente establecida.

O persoal funcionario pode solicitar, cunha antelación mínima de tres meses e máxima de catro meses á data en que cumpra a idade de xubilación forzosa, a prolongación da permanencia na situación de servizo activo. Esta prolongación concederase, se for o caso, por períodos dun ano, renovables anualmente por solicitude da persoa interesada presentada cun prazo de antelación mínimo de tres meses e máximo de catro meses á data de finalización da prolongación concedida, até o cumprimento da idade máxima legalmente establecida.

As solicitudes de prolongación da permanencia na situación de servizo activo e das súas prórrogas resolveranse de forma motivada, logo de informe do órgano competente en materia de persoal da Administración pública en que o solicitante preste servizos, sobre a base dos seguintes criterios:

a) Razóns organizativas ou funcionais.

b) Resultados da avaliación do desempeño da persoa solicitante ou, na súa falta, rendemento ou resultados obtidos por ela. En particular, terase en conta o absentismo observado durante o ano inmediatamente anterior á data da solicitude.

c) Capacidade psicofísica da persoa solicitante en relación co posto de traballo, apreciada mediante certificado de aptitude médico-laboral para o posto de traballo, emitido polo correspondente servizo de prevención de riscos laborais, logo do recoñecemento médico do solicitante e avaliación do posto de traballo.

O informe do órgano competente en materia de persoal da Administración pública en que o solicitante preste servizos emitirase nun prazo máximo de dez días. Transcorrido o dito prazo sen que se emitise o informe, proseguirá o procedemento. En todo caso, terase en conta o plan de ordenación de recursos humanos respecto daquel persoal para o cal a súa normativa específica así o estableza.

A persoa titular da consellería competente en materia de función pública, así como as persoas titulares dos órganos competentes das demais administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei, poden ditar normas complementarias de procedemento para a tramitación das solicitudes de prolongación da permanencia na situación de servizo activo e das súas prórrogas.

Este punto non é de aplicación ao persoal funcionario daqueles corpos e escalas que teñan normas específicas de xubilación de acordo co disposto na lexislación básica estatal.

O persoal funcionario docente que imparta as ensinanzas reguladas na Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio, de educación, ou norma que a substitúa, pode optar por xubilarse á finalización do curso académico en que cumpra a idade legalmente establecida. A mesma regra se aplicará nos supostos de prolongación da permanencia na situación de servizo activo.”

O artigo 69, por último, prevé a posibilidade de recuperar a condición de persoal funcionario

Como novidade, o artigo 70 dispón que “A condición de persoal laboral se perde nos casos e nos termos previstos pola lexislación laboral e polo convenio colectivo aplicable, sen prexuízo das especificidades establecidas nesta lei.”

a) RÉXIME DISCIPLINARIO

A responsabilidade disciplinaria é aquela que se desenvolve no interior da relación de servizo e en garantía do cumprimento dos deberes e obrigacións do funcionario, con sancións que inciden, unicamente, nos seus dereitos. O Tribunal Constitucional manifestou que lle son aplicables ao procedemento polo que se exige a responsabilidade disciplinaria os principios inspiradores da orde penal, ben que con matizacións de legalidade e tipicidade.

O título VII do Estatuto básico regula o réxime disciplinario. Este título é aplicable desde a entrada en vigor do Estatuto e o seu artigo 93 sinala que “Os funcionarios públicos e o persoal laboral quedan suxeitos ao réxime disciplinario establecido no presente título e nas normas que as leis de función pública diten en desenvolvemento deste Estatuto.

Os funcionarios públicos ou o persoal laboral que induciren outros á realización de actos ou condutas constitutivos de falta disciplinaria incorrerán na mesma responsabilidade ca estes. Igualmente, incorrerán en responsabilidade os funcionarios públicos ou persoal laboral que encubriren as faltas consumadas moi graves ou graves, cando dos ditos actos derive dano grave para a Administración ou os cidadáns.

O réxime disciplinario do persoal laboral rexerase, no non previsto no presente título, pola lexislación laboral.”

Non obstante, unha vez máis, debemos centrar a nosa análise na regulación contida na Lei de emprego público de Galicia, no seu título IX.

Artigo 183. Responsabilidade disciplinaria

1. Todo o persoal ao servizo das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei queda suxeito ao réxime disciplinario establecido neste título.
2. O persoal que induza outros á realización de actos ou condutas constitutivos de falta disciplinaria incorrerá na mesma responsabilidade ca estes.
3. Incorrerá en responsabilidade nos termos previstos por esta lei o persoal ao servizo das administracións públicas que encubra as faltas consumadas moi graves ou graves, ou coopere na súa execución con actos anteriores ou simultáneos, cando destas faltas derive

dano grave para a Administración pública en que preste servizos ou para os cidadáns.

4. O réxime disciplinario do persoal laboral réxese, no non previsto neste título, pola lexislación laboral.

Artigo 184. Exercicio da potestade disciplinaria

1. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei corraxirán disciplinariamente as infraccións do persoal ao seu servizo cometidas no exercicio das súas funcións e cargos, sen prexuízo da responsabilidade patrimonial ou penal que puiden derivar de tales infraccións.

O artigo 185 ocúpase das faltas moi graves e establece unha distinción entre as dos empregados públicos e as dos funcionarios públicos. Así, a título de exemplo:

Son faltas moi graves dos empregados públicos:

a) O incumprimento do deber de respecto á Constitución e ao Estatuto de autonomía de Galicia no exercicio da función pública.

b) Toda actuación que supoña discriminación por razón de orixe racial ou étnica, relixión ou convicións, discapacidade, idade ou orientación sexual, lingua, opinión, lugar de nacemento ou veciñanza, sexo ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social, así como o acoso por razón de orixe racial ou étnica, relixión ou convicións, discapacidade, idade ou orientación sexual e o acoso moral, sexual e por razón de sexo.

c) O abandono do servizo, así como non facerse cargo voluntariamente das tarefas ou funcións que teñen encomendadas.

d) A adopción de acordos manifestamente ilegais que causen prexuízo grave á Administración pública en que presten servizos ou aos cidadáns...

Ademais, son faltas moi graves do persoal funcionario:

a) A agresión grave a calquera persoa con que se relacione no exercicio das súas funcións.

b) As condutas constitutivas de delito doloso relacionadas co servizo que causen grave dano á Administración pública en que presten servizos ou aos cidadáns.

c) A comisión dun delito doloso contra a liberdade e indemnidade sexuais, apreciada por sentenza xudicial firme, sempre que a vítima sexa unha persoa coa cal se relacione no exercicio das súas funcións.

Os convenios colectivos poderán tipificar como faltas disciplinarias moi graves do persoal laboral as condutas previstas no número anterior.

Os artigos 186 e 187 ocúpanse das faltas graves e leves, unicamente do persoal funcionario, sen establecer a distinción anterior. En ambos os artigos se prevé que os convenios colectivos tipificarán as faltas disciplinarias graves e leves do persoal laboral atendendo ás mesmas circunstancias sinaladas nestes.

Pola comisión de faltas disciplinarias poderán imporse as sancións previstas nos artigos 188 a 190, que poden consistir, segundo os casos, en:

- a. Separación do servizo do persoal funcionario
- b. Despedimento disciplinario do persoal laboral ou do persoal directivo con contrato de alta dirección
- c. Suspensión firme de funcións, ou de emprego e soldo no caso do persoal laboral
- d. Traslado forzoso con ou sen cambio de localidade
- e. Demérito
- f. Apercibimento escrito.

En todos os casos de imposición de sancións disciplinarias poderá establecerse, de forma complementaria á sanción principal imposta, a obrigaón de realizar cursos de formación sobre ética pública (artigo 191.1).

O procedemento disciplinario está regulado nos artigos 192 e seguintes da lei, e destacan os seguintes aspectos:

Os números 1 a 3 do artigo 192 sinalan que “Non pode imporse sanción disciplinaria ningunha sen a tramitación do procedemento previamente establecido. O procedemento disciplinario determinarase regulamentariamente, atendendo aos principios de eficacia, celeridade, economía procesual, incoación e impulso de oficio e contradición, e con pleno respecto aos dereitos e garantías de defensa. No procedemento disciplinario quedará establecida a debida separación entre a fase instrutora e a sancionadora, as cales se deben encomendar a órganos distintos.”

A duración máxima do procedemento disciplinario será dun ano. Vencido este prazo sen que se notificase a resolución que puxo fin ao procedemento, declararase de oficio a súa caducidade e ordenarase o arquivamento das actuacións. Os procedementos caducados non interrompen a prescrición das faltas disciplinarias. Nos supostos en que o procedemento se paralizase por causa imputable á persoa interesada, interromperase o cómputo do prazo para resolver e notificar a resolución. A caducidade do procedemento non impide a incoación dun novo procedemento polos mesmos feitos, sempre que non se producise a prescrición da falta (artículo192.5).

Para a imposición de faltas leves establecerase un procedemento sumario que garantirá en todo caso a audiencia da persoa interesada (artículo192.7).

Pola súa parte, o artigo 196 ocúpase da resolución do procedemento e establece que:

“A resolución que poña fin ao procedemento disciplinario será motivada e resolverá todas as cuestións del derivadas.

Na resolución non poden aceptarse feitos distintos dos determinados no curso do procedemento, con independencia da súa diferente valoración xurídica.

A resolución será executiva cando sexa firme en vía administrativa, sen prexuízo da suspensión da súa eficacia nos supostos legalmente previstos. Regulamentariamente poderán determinarse outros supostos de suspensión ou inexecución das resolucións que impoñan sancións disciplinarias.

Na resolución poderán adoptarse, se for o caso, as disposicións cautelares precisas para

garantir a súa eficacia en canto non sexa executiva ou non se produza a completa execución da sanción imposta.

As resolucións sancionadoras anotaranse no correspondente rexistro de persoal, indicando as faltas que as motivaron.”

En canto á extinción da responsabilidade disciplinaria o artigo 197 sinala que “A responsabilidade disciplinaria se extingue polo cumprimento da sanción, a prescrición da falta ou sanción e a perda da condición de empregado público da persoa suxeita a responsabilidade, sen prexuízo do disposto no parágrafo segundo da alínea quinta do artigo 192.”

A prescrición das faltas e das sancións está regulada no artigo 198, que dispón que:

“As faltas disciplinarias moi graves prescriben aos tres anos, as graves aos dous anos e as leves aos seis meses.

As sancións impostas por faltas moi graves prescriben aos tres anos, as impostas por faltas graves aos dous anos e as impostas por faltas leves ao ano.

O prazo de prescrición das faltas comeza a contarse desde que a falta se cometese, ou desde o cesamento da súa comisión cando se trate de faltas continuadas. Para efectos da presente lei, enténdese por falta continuada a constituída por accións ou omisións que se prolongan no tempo sen solución de continuidade.

Interrompe a prescrición a iniciación, con coñecemento da persoa interesada, do procedemento disciplinario. A prescrición prosegue se o procedemento estivo paralizado durante máis dun mes por causa non imputable ao presunto responsable.

O prazo de prescrición das sancións comeza a contarse desde a firmeza da resolución sancionadora.

Interrompe a prescrición a iniciación, con coñecemento da persoa interesada, do procedemento de execución da sanción. A prescrición prosegue se o procedemento estivo paralizado durante máis dun mes por causa non imputable á persoa sancionada.”

Por último, hai que sinalar que, tal e como prescribe o artigo 199, “As anotacións das sancións no correspondente rexistro de persoal serán canceladas, de oficio ou por solicitude da persoa interesada, cando transcorran os seguintes prazos desde o cumprimento da sanción e sempre que non se impuxese unha nova sanción dentro deles:

- a) Un ano para as sancións impostas por faltas leves.
- b) Dous anos para as sancións impostas por faltas graves.
- c) Tres anos para as sancións impostas por faltas moi graves.

No caso de reiteración ou reincidencia durante os prazos previstos na alínea anterior, os prazos de cancelación das respectivas anotacións serán de dobre duración que a sinalada. A anotación da sanción de separación do servizo non será obxecto de cancelación.”

Por último, debemos facer mención ao Decreto 94/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia. Este decreto foi modificado polo Decreto 157/2004, do 7 de xullo (DOG núm. 139, do 20 de xullo).

Pola súa parte, o réxime disciplinario do persoal laboral aparece regulado no capítulo XIII do V Convenio colectivo único para o persoal laboral da Xunta de Galicia.

ANA GONZÁLEZ DE VICENTE

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 32

**DEREITOS DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS;
ESPECIAL REFERENCIA Á CARREIRA
PROFESIONAL E PROMOCIÓN INTERNA, AOS
DEREITOS RETRIBUTIVOS E AO DEREITO Á
NEGOCIACIÓN COLECTIVA. XORNADA DE
TRABALLO, PERMISOS E VACACIÓNS. DEBERES
DOS EMPREGADOS PÚBLICOS. CÓDIGO DE
CONDUTA.**

TEMA 32. DEREITOS DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA Á CARREIRA PROFESIONAL E PROMOCIÓN INTERNA, AOS DEREITOS RETRIBUTIVOS E AO DEREITO Á NEGOCIACIÓN COLECTIVA. XORNADA DE TRABALLO, PERMISOS E VACACIÓNS. DEBERES DOS EMPREGADOS PÚBLICOS. CÓDIGO DE CONDUTA.

1. Dereitos dos funcionarios públicos; especial referencia á carreira profesional e promoción interna, aos dereitos retributivos e ao dereito á negociación colectiva

A Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público (en diante, Estatuto básico), regula no seu título III os dereitos e deberes, así como o Código de conduta dos empregados públicos. O seu capítulo I, aplicable desde a súa entrada en vigor, está dedicado aos dereitos dos empregados públicos.

A Lei 2/2015, de emprego público de Galicia, ocúpase dos dereitos dos empregados públicos nos seus títulos VI e VII, distinguindo os dereitos de exercicio individual e os de exercicio colectivo.

Os dereitos individuais áchanse enumerados no artigo 71, que dispón que "os empregados públicos incluídos no ámbito de aplicación da presente lei teñen os seguintes dereitos de carácter individual en correspondencia coa natureza xurídica da súa relación de servizo:

- a) Á inamovibilidade na condición de persoal funcionario de carreira.
- b) Ao desempeño efectivo das funcións ou tarefas propias da súa condición profesional e de acordo coa progresión alcanzada na súa carreira profesional.
- c) Á progresión na carreira profesional e promoción interna segundo os principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, mediante a implantación de sistemas obxectivos e transparentes de avaliación.
- d) Á mobilidade profesional nos termos previstos por esta lei.
- e) Ás vacacións, descansos, permisos e licenzas, logo de acreditación documental, se é o caso, das circunstancias que os xustifiquen nos termos que regulamentariamente se determinen.

- f) A percibir as retribucións e as indemnizacións por razón do servizo.
- g) Ás prestacións da Seguridade Social correspondentes ao réxime que lles sexa de aplicación.
- h) A participar na consecución dos obxectivos atribuídos á unidade onde presten os seus servizos e a ser informados polos seus superiores das tarefas a desenvolver.
- i) Á defensa xurídica e protección da Administración pública en que presten servizos nos procedementos que se sigan ante calquera orde xurisdiccional como consecuencia do exercicio lexítimo das súas funcións ou cargos públicos.
- j) Á formación continua e á actualización permanente dos seus coñecementos e capacidades profesionais, preferentemente en horario laboral.
- k) Ao respecto da súa intimidade, orientación sexual, propia imaxe e dignidade no traballo, especialmente fronte ao acoso sexual e por razón de sexo, moral e laboral.
- l) Á non discriminación por razón de nacemento, orixe racial ou étnica, sexo ou orientación sexual, relixión ou conviccións, opinión, discapacidade, idade ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social.
- m) Á adopción de medidas que favorezan a conciliación da vida persoal, familiar e laboral.
- n) Á liberdade de expresión dentro dos límites do ordenamento xurídico.
- ñ) A recibir protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo.
- o) Á xubilación segundo os termos e condicións establecidos nas normas aplicables.
- p) Á libre asociación profesional.
- q) Ao acceso ao seu expediente persoal nos termos que regulamentariamente se determinen.
- r) Aos demais dereitos recoñecidos polo ordenamento xurídico.

De todos eles, ocuparémonos especialmente dos dereitos individuais á carreira profesional e promoción interna e dos dereitos retributivos.

1. Dos dereitos individuais

1.1 Da carreira profesional e promoción interna

Da promoción profesional ocúpase o capítulo II do título VI pero debe terse en conta que, conforme establece o número 2 da disposición derradeira quinta da presente lei, as disposicións relativas á carreira horizontal do persoal funcionario de carreira e aos conceptos retributivos vinculados a esta non producirán efectos mentres non entren en vigor as normas regulamentarias que as desenvolvan.

O seu artigo 75 regula as modalidades de carreira profesional do persoal funcionario de carreira, ao dispor que:

O persoal funcionario de carreira fará efectivo o seu dereito á promoción profesional a través das seguintes modalidades de carreira profesional:

- a) Carreira horizontal, que consiste no ascenso de grao e de categoría profesional sen necesidade de cambiar de posto de traballo, nos termos que se establezan regulamentariamente en desenvolvemento dos principios considerados nesta sección.
- b) Carreira vertical, que consiste no ascenso na estrutura de postos de traballo polos procedementos de provisión establecidos na presente lei.
- c) Promoción interna vertical, que consiste no ascenso desde un corpo ou escala dun subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, a outro superior, conforme o establecido nesta sección.
- d) Promoción interna horizontal, que consiste no acceso a outro corpo ou escala do mesmo subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, conforme o establecido nesta sección.

A lei regula a carreira horizontal no seu artigo 77 e sinala que:

- a) Dentro de cada corpo ou escala existirán, como regra xeral, tres categorías profesionais: de ingreso, media e superior, divididas nun mínimo de tres graos de ascenso, aos cales irá vinculada a contía do complemento retributivo de carreira previsto na presente lei.
- b) O persoal funcionario de cada corpo ou escala terá atribuída unha categoría profesional e un grao dentro desta, que para o persoal funcionario de novo ingreso serán necesariamente a categoría de ingreso e o grao inferior desta.

c) A progresión na carreira horizontal consistirá no ascenso de grao e de categoría profesional. Os ascensos de grao e de categoría serán consecutivos, salvo as excepcións que se establezan para os ascensos de grao dentro de cada categoría. En todo caso, o ascenso de categoría requirirá ter alcanzado o grao superior da categoría inmediatamente inferior e o acceso á categoría seguinte farase sempre polo grao inferior desta.

d) Serán requisitos necesarios para os ascensos a antigüidade no grao ou categoría profesional que se estableza e a avaliación positiva do desempeño profesional. Así mesmo, poderán valorarse os coñecementos adquiridos e outros méritos e aptitudes en razón á especificidade da función desenvolvida e a experiencia.

e) A progresión na carreira horizontal terá carácter irreversible, agás nos casos de sanción disciplinaria de demérito.

Respecto á carreira vertical, o artigo 78 dispón que "a carreira vertical do persoal funcionario de carreira se desenvolve mediante a obtención, polos procedementos de provisión ordinaria, de postos de traballo que, segundo a súa clasificación, comporten unha maior responsabilidade ou dificultade técnica e un complemento retributivo superior."

En canto á promoción interna vertical, o artigo 80 números 1 e 2 sinala que "nas convocatorias de probas selectivas para o acceso á función pública, un mínimo dun vinte e cinco por cento das prazas convocadas reservarase para persoal funcionario pertencente a corpos ou escalas do subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, inmediatamente inferior que reúna os seguintes requisitos:

a) Posuír a titulación e demais requisitos exixidos.

b) Ter prestado servizos efectivos na condición de persoal funcionario durante polo menos dous anos no subgrupo ou grupo de clasificación profesional dende o cal se pretenda promover.

c) Non superar a idade de xubilación forzosa.

As prazas reservadas para a promoción interna que non se cubran por este procedemento acumularanse ás de provisión libre, sempre que se trate dun proceso selectivo único rexido por unha mesma convocatoria.

Así mesmo, o persoal funcionario dos corpos ou escalas do subgrupo de clasificación

profesional C1 pode participar nos procesos de promoción interna para o acceso aos corpos ou escalas do subgrupo A2, sempre que cumpra os requisitos establecidos no punto anterior."

Da promoción interna horizontal ocúpase o artigo 81 ao dispor que "o persoal funcionario de carreira pode acceder a outros corpos ou escalas do mesmo subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, sempre que reúna os requisitos establecidos no punto primeiro do artigo 80 e supere as correspondentes probas selectivas.

2. A convocatoria do proceso selectivo poderá eximir total ou parcialmente dalgunha das probas selectivas e/ou reducirlle parte do temario ao persoal que proceda dun corpo ou escala que teña asignadas funcións substancialmente coincidentes no seu contido profesional e no seu nivel técnico coas do corpo ou escala a que desexa promover.

3. Así mesmo, será de aplicación á promoción interna horizontal do persoal funcionario de carreira o establecido no segundo parágrafo do ordinal terceiro do artigo 80.

A carreira profesional e promoción do persoal laboral está regulada no artigo 82 que establece que "a carreira profesional e a promoción do persoal laboral se farán efectivas a través dos procedementos previstos na lexislación laboral e nos convenios colectivos."

Neste punto hai que destacar a regulación que realiza a sección segunda do capítulo I, título IV da ordenación dos empregados públicos, destacando os artigos 41 e 42 da Lei de emprego público de Galicia, innovadores en canto á regulación anterior.

O artigo 41 regula os corpos e as escalas do persoal funcionario da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e establece que:

1. O persoal funcionario da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia agrúpase en corpos de Administración xeral e corpos de Administración especial, nos cales poderán crearse diferentes escalas.

Cando o contido técnico e particularizado de determinados postos de traballo exixa como requisito para o seu desempeño unha maior especialización de coñecementos para o exercicio das funcións dos corpos e escalas, poderán crearse mediante decreto especialidades dentro destes.

A asignación de especialidades realizarase a través das relacións de postos de traballo, atendendo ás características dos postos.

2. Son corpos de Administración xeral os seguintes:

a) O corpo superior. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións de planificación, administración e xestión superior dos recursos, servizos, proxectos e programas, tales como propor normas, deseñar procedementos administrativos, deseñar e implantar sistemas de xestión, avaliación e mellora continua, preparar ou deseñar modelos de resolucións administrativas e elaborar informes e estudos para a toma de decisións.

b) O corpo de xestión. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións de colaboración técnica coas de nivel superior, así como de aplicación das normas, xestión dos procedementos administrativos, propostas de resolución de expedientes normalizados e estudos e informes que non correspondan a tarefas de nivel superior.

c) O corpo administrativo. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas as funcións de colaboración, preparatorias ou derivadas das propias do corpo superior e do corpo de xestión, a proposta de resolución de procedementos normalizados que non correspondan ao corpo superior ou ao corpo de xestión, a comprobación, xestión, actualización e tramitación de documentación e a preparación daquela que, en función da súa complexidade, non sexa propia do corpo superior ou do corpo de xestión; a elaboración e administración de datos, o inventariado de bens e materiais, e tarefas ofimáticas, manuais, de información e de despacho e atención ao público.

d) O corpo auxiliar. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas as funcións de carácter complementario ou instrumental nas áreas de actividade administrativa, así como tarefas ofimáticas e de despacho de correspondencia, transcripción e tramitación de documentos, arquivamento, clasificación e rexistro, ficheiros, atención ao público, manexo de máquinas reprodutoras e traslado de documentos ou similares.

3. Son corpos de Administración especial os seguintes:

- a) O corpo facultativo superior. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuída a realización de actividades profesionais para cuxo desempeño se precise unha titulación do mesmo nivel académico que o requirido para o acceso ao corpo superior de Administración xeral.
- b) O corpo facultativo de grao medio. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións profesionais para cuxo desempeño se requira unha titulación do mesmo nivel académico que o requirido para o acceso ao corpo de xestión de Administración xeral.
- c) O corpo de técnicos de carácter facultativo. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións técnicas para cuxo desempeño se requira unha titulación de técnico superior.
- d) O corpo de axudantes de carácter facultativo. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións de execución, colaboración e apoio aos corpos facultativos de grao superior e medio no exercicio da súa titulación académica ou profesión.
- e) O corpo de auxiliares de carácter técnico. Intégrase neste corpo o persoal funcionario seleccionado para ocupar postos que teñan atribuídas funcións correspondentes ao seu nivel de titulación que non teñan carácter xeral ou común.

4. Os corpos e escalas do persoal funcionario da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia dependen organicamente da consellería competente en materia de función pública, sen prexuízo da dependencia que funcionalmente lles corresponda.

Pola súa banda o artigo 42 regula os grupos de clasificación dos corpos e escalas do persoal funcionario da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia:

"Os corpos e escalas do persoal funcionario da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia clasifícanse nos seguintes grupos e subgrupos, de conformidade coa titulación exixida para o acceso a estes:

- a) Grupo A. Para o acceso a este grupo é necesario estar en posesión do título universitario oficial de grao, salvo nos supostos en que unha norma con rango de lei exixa

outro título universitario oficial.

- Subgrupo A1. Pertencen a este subgrupo o corpo superior de Administración xeral e o corpo facultativo superior de Administración especial.

- Subgrupo A2. Pertencen a este subgrupo o corpo de xestión de Administración xeral e o corpo facultativo de grao medio de Administración especial.

b) Grupo B. Para o acceso a este grupo é necesario estar en posesión do título de técnico superior. Pertence a este grupo o corpo de técnicos de carácter facultativo de Administración especial.

c) Grupo C.

- Subgrupo C1. Para o acceso a este subgrupo é necesario estar en posesión do título de bacharel ou técnico. Pertencen a este subgrupo o corpo administrativo de Administración xeral e o corpo de axudantes de carácter facultativo de Administración especial.

- Subgrupo C2. Para o acceso a este subgrupo é necesario estar en posesión do título de graduado en educación secundaria obrigatoria. Pertencen a este subgrupo o corpo auxiliar de Administración xeral e o corpo de auxiliares de carácter técnico de Administración especial."

O persoal laboral incluído no ámbito de aplicación da presente lei clasificarase de conformidade coa lexislación laboral e o respectivo convenio colectivo segundo o artigo 44.1 e a súa carreira profesional e promoción faranse efectivas a través dos procedementos previstos na lexislación laboral e nos convenios colectivos (artigo 82.1)

A lei regula tamén a avaliación de desempeño, na sección II do capítulo II do título VI. Segundo o seu artigo 83 é o procedemento mediante o cal se mide e valora a conduta profesional e o rendemento ou logro de resultados dos empregados públicos. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei establecerán sistemas que permitan a avaliación do desempeño de todo o seu persoal, nos termos que se establezan regulamentariamente en desenvolvemento dos principios recollidos nesta sección. No deseño e establecemento destes sistemas serán oídas as organizacións sindicais. Os sistemas de avaliación do desempeño adecuaranse, en todo caso, a criterios de transparencia, obxectividade, imparcialidade e non discriminación e aplicaranos sen

menoscabo dos dereitos dos empregados públicos órganos especializados dotados de autonomía funcional.

Esta avaliación farase de acordo cos criterios establecidos no artigo 84 e a obtención polos empregados públicos dun resultado negativo na avaliación planificada poderá levar consigo a non percepción do complemento retributivo de desempeño previsto pola letra c) do punto segundo do artigo 137 ou concepto retributivo equivalente e, de ser o caso, a obrigatoriedade de actualización e perfeccionamento da súa cualificación profesional mediante a participación nos cursos de formación regulada que se establezan, sen prexuízo do disposto no artigo 94 sobre remoción de postos de traballo obtidos por concurso (artigo 85.2)

1.2 Dos dereitos retributivos

Segundo o artigo 134.1 da Lei de emprego público de Galicia, "as contías das retribucións básicas e das retribucións complementarias do persoal funcionario, así como a masa salarial do persoal laboral, deben reflectirse para cada exercicio orzamentario na Lei de orzamentos da Comunidade Autónoma de Galicia."

As retribucións do persoal funcionario de carreira, segundo ao artigo 135, clasifícanse en básicas e complementarias.

Segundo o artigo 136, "as retribucións básicas asígnanse ao persoal funcionario segundo a adscrición do seu corpo ou escala a un determinado subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, e a antigüidade neste. Dentro delas están comprendidos os compoñentes de soldo e trienios das pagas extraordinarias.

As retribucións básicas están integradas única e exclusivamente por:

- a) Polo soldo asignado a cada subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo.
- b) Polos trienios, que consisten nunha cantidade que será igual para cada subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, por cada tres anos de servizo no corpo ou escala.

Nos casos en que o persoal funcionario preste servizos sucesivamente en diferentes corpos ou escalas de distinto subgrupo ou grupo de clasificación, terá dereito a seguir

percibindo os trienios derivados da pertenza aos subgrupos ou grupos anteriores, coa contía que corresponda ao subgrupo ou grupo a que pertenza no momento do perfeccionamento destes. Así mesmo, cando o persoal funcionario cambie de adscripción de subgrupo ou grupo antes de completar un trienio, a fracción de tempo transcorrido considerárase como tempo de servizos prestados no novo subgrupo ou grupo.

O persoal funcionario interino que acceda á condición de persoal funcionario en prácticas ou de carreira ten dereito a seguir percibindo os trienios que teña recoñecidos como persoal funcionario interino nesta ou noutra Administración pública.

As contías das retribucións básicas serán iguais para cada subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo."

As retribucións complementarias, segundo ao artigo 137, asígnanse ao persoal funcionario segundo as características dos postos de traballo, a progresión na carreira profesional e, de ser o caso, o desempeño, rendemento ou resultados alcanzados e os servizos extraordinarios prestados, e están integradas:

a) Polo complemento de carreira, que retribúe a progresión alcanzada polo persoal funcionario dentro do sistema de carreira profesional establecido pola presente lei.

A contía do complemento de carreira será igual para os graos equivalentes de progresión na carreira profesional nos corpos e nas escalas pertencentes ao mesmo subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo.

b) Polo complemento de posto de traballo, que se divide nos dous compoñentes seguintes:

- Competencial, destinado a retribuír a especial dificultade técnica e responsabilidade que concorren no posto.
- De dedicación, destinado a retribuír a dedicación e incompatibilidade exixible para o desempeño do posto ou as especiais condicións en que se desenvolve.

A contía do complemento de posto será igual para os postos de traballo con condicións de traballo e exixencias de dedicación e incompatibilidade semellantes.

c) O complemento de desempeño, que retribúe o grao de interese, iniciativa e esforzo con

que o persoal funcionario desempeña o seu traballo e o rendemento ou resultados obtidos, valorados de forma obxectiva a través do procedemento de avaliación de desempeño previsto por esta lei.

A contía global do complemento de desempeño non poderá exceder da porcentaxe que se determine na Lei de orzamentos sobre os custos totais de persoal de cada programa e de cada órgano. Regulamentariamente estableceranse os criterios a que debe suxeitarse a persoa responsable da xestión de cada programa de gasto para determinar a súa contía individual.

A asignación deste complemento realizarase conforme criterios obxectivos establecidos regulamentariamente, coa necesaria información e participación dos órganos de representación do persoal.

d) As gratificacións por servizos extraordinarios, realizados fóra da xornada normal, que en ningún caso poden ser fixas na súa contía nin periódicas na súa percepción.

Tamén terán a consideración de gratificacións extraordinarias as compensacións económicas non incluídas no complemento de posto de traballo que se perciban pola prestación de servizos en réximes de xornada distinta á ordinaria, os cambios de quenda, a realización de gardas localizadas ou de traballos nocturnos ou en sábados, domingos e festivos ou participación en campañas de incendios forestais.

O persoal funcionario ten dereito a percibir dúas pagas extraordinarias ao ano, nos meses de xuño e decembro, cada unha por importe dunha mensualidade das retribucións básicas e dos complementos de carreira e de posto de traballo (artigo 138). O persoal funcionario ten dereito a percibir as indemnizacións por razóns de servizo que correspondan, nos termos e coas condicións que se determinen regulamentariamente (artigo 139).

O artigo 140 ocúpase das retribucións do persoal funcionario interino e sinala que "o persoal funcionario interino percibirá as retribucións básicas e as pagas extraordinarias correspondentes ao subgrupo ou grupo de adscrición, no suposto de que este non teña subgrupo. Así mesmo, percibirá as mesmas retribucións complementarias que o persoal funcionario de carreira. O persoal interino nomeado para a execución de programas de carácter temporal ou por exceso ou acumulación de tarefas percibirá o complemento de

posto de traballo asimilado ás funcións que deba realizar, nos termos que regulamentariamente se determinen" e o artigo 141 das retribucións do persoal funcionario en prácticas sinala que "as retribucións do persoal funcionario en prácticas se corresponderán ás do soldo do subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña subgrupo, no cal se aspire a ingresar e, se é o caso, incluírán os trienios que se recoñecesen con anterioridade ao inicio do curso selectivo ou do período de prácticas.

Se o curso selectivo ou o período de prácticas se realizar desempeñando un posto de traballo, percibiranse ademais as retribucións complementarias correspondentes a este. O persoal funcionario en prácticas que teña a condición de persoal funcionario ou laboral de calquera das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poderá optar por manter as retribucións que lle correspondan en virtude desa condición ou percibir as previstas no punto anterior."

En canto ás retribucións do persoal laboral, o artigo 142 dispón que "as retribucións do persoal laboral se determinarán de acordo coa lexislación laboral, o convenio colectivo que sexa aplicable e o contrato de traballo, dentro dos límites derivados do previsto polo ordinal primeiro do artigo 134 desta lei."

As retribucións do persoal directivo están reguladas no artigo 143 que dispón que "a parte fixa das retribucións do persoal directivo prevista no punto primeiro do artigo 35 estará integrada:

a) Polas retribucións básicas, integradas polo soldo e, se é o caso, polos trienios, así como polos compoñentes destes nas pagas extraordinarias.

O soldo e os trienios do persoal directivo que teña a condición de persoal funcionario de carreira ou persoal laboral fixo corresponderanse aos do subgrupo ou grupo de clasificación profesional, no suposto de que este non teña grupo, a que pertenza, ou aos conceptos retributivos equivalentes do persoal laboral. Nos demais casos percibiranse como retribucións básicas exclusivamente o soldo do subgrupo ou grupo de clasificación profesional do persoal funcionario de carreira que corresponda á titulación académica que se posúa.

b) Polas retribucións complementarias, que incluírán, nos termos que regulamentariamente se determinen, un complemento de carreira e outro de posto directivo.

1. O persoal directivo percibirá pagas extraordinarias e indemnizacións en razón de servizo nos termos establecidos polos artigos 138 e 139 desta lei."

O título VI pecha a súa regulación ocupándose da Seguridade Social e dos dereitos pasivos, establece no seu artigo 146 que "o réxime da Seguridade Social e dereitos pasivos do persoal ao servizo da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades públicas instrumentais do sector público autonómico é o establecido pola normativa estatal que resulte de aplicación.

2. O réxime da Seguridade Social do persoal funcionario de carreira procedente doutras administracións públicas será o que dispoña a normativa aplicable.

3. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei complementarán as prestacións por incapacidade temporal que correspondan ao persoal funcionario ao seu servizo que se encontre acollido ao réxime xeral da Seguridade Social conforme as seguintes regras:

a) Nos casos de continxencias profesionais e continxencias comúns que xeren hospitalización ou intervención cirúrxica, así como nos de enfermidade grave, aboarase un complemento ata alcanzar o cen por cento das retribucións dende a data de inicio da situación de incapacidade temporal.

b) Nos casos de enfermidade común non grave ou accidente non laboral, o complemento calcularase do xeito seguinte:

- Desde o primeiro día da situación de incapacidade temporal ata o terceiro día inclusive aboarase un complemento ata alcanzar o cincuenta por cento das retribucións.

- Desde o cuarto día da situación de incapacidade temporal ata o vixésimo día inclusive aboarase un complemento ata alcanzar o setenta e cinco por cento das retribucións.

- A partir do día vixésimo primeiro aboarase un complemento ata alcanzar o cen por cento das retribucións.

4. Co fin de facer efectiva a garantía de plenitude de dereitos económicos do persoal funcionario prevista na letra b) do artigo 125 para os casos de permisos por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral e no punto terceiro do artigo 126 para os casos de licenza por risco no embarazo ou durante o período de lactación natural, as administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei complementarán ata o cen por cento da base reguladora do subsidio económico correspondente, recoñecendo aínda que o persoal funcionario non reúna os requisitos para acceder a este.

2. Dos dereitos colectivos.

- Dereitos colectivos

Ademais dos dereitos individuais dos funcionarios existen tamén os dereitos colectivos, que son os que lles corresponden como membros dun colectivo. Estes dereitos, seguindo o artigo 15 do Estatuto básico e de conformidade co artigo 147 da Lei de emprego público de Galicia, son os seguintes:

"1. Os empregados públicos incluídos no ámbito de aplicación da presente lei teñen os seguintes dereitos individuais que se exercen de forma colectiva:

- a) Á liberdade sindical.
- b) Á negociación colectiva, á representación e á participación institucional para a determinación das condicións de traballo.
- c) Á folga, sen prexuízo da garantía do mantemento dos servizos esenciais da comunidade.
- d) A suscitar conflitos colectivos de traballo.
- e) Á reunión.

2. O exercicio dos dereitos á liberdade sindical, á folga e a suscitar conflitos colectivos de traballo réxese pola lexislación que resulte de aplicación en cada caso.

3. O exercicio dos dereitos á negociación colectiva, á representación e á participación institucional para a determinación das condicións de traballo réxese, no caso do persoal funcionario, polas disposicións contidas neste título e, no caso do persoal laboral, pola

lexislación laboral, sen prexuízo dos preceptos deste título que expresamente lle son de aplicación.

4. O exercicio do dereito de reunión réxese, en todo caso, polas disposicións contidas neste título. "

. Dereito á liberdade sindical: o artigo 28.1 da Constitución española, dentro da sección 1ª do capítulo II do título I, dedicada aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas, establece que *"todos teñen dereito a sindicarse libremente. A lei poderá limitar ou exceptuar o exercicio deste dereito ás forzas ou institutos armados ou aos demais corpos sometidos á disciplina militar e regulará as peculiaridades do seu exercicio para os funcionarios públicos. A liberdade sindical comprende o dereito a fundar sindicatos e a afiliarse ao da súa elección, así como o dereito dos sindicatos a formar confederacións e a fundar organizacións sindicais internacionais ou afiliarse a elas. Ninguén poderá ser obrigado a afiliarse a un sindicato"*.

O artigo 103.3 do texto constitucional dispón que *"a lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos, [...] as peculiaridades do exercicio do seu dereito á sindicación [...]"*.

Para estudar este dereito hai que acudir á Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, que establece no seu artigo 1 que todos os traballadores teñen dereito a sindicarse libremente para a promoción e defensa dos seus intereses económicos e sociais. Para os efectos desta lei, consideraranse traballadores tanto aqueles que sexan suxeitos dunha relación laboral coma aqueles que o sexan dunha relación de carácter administrativo ou estatutario ao servizo das administracións públicas. Esta lei orgánica, ademais de regular a liberdade sindical, recolle o réxime xurídico sindical, a representatividade sindical, a acción sindical, a tutela da liberdade sindical e a represión das condutas antisindicais.

. Dereito á negociación colectiva e á participación na determinación das condicións de traballo: a Constitución española, dentro da sección 2ª do capítulo II do título I, dedicada aos dereitos e deberes dos cidadáns, dispón no seu artigo 37 que *"a lei garantirá o dereito á negociación colectiva laboral entre os representantes dos traballadores e empresarios, así como a forza vinculante dos convenios"*.

A Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, na súa disposición adicional segunda, fixou un prazo dun ano para que, en desenvolvemento do previsto no artigo 103.3 da Constitución, o Goberno remitise ás Cortes un proxecto de lei no cal se regulasen os órganos de representación dos funcionarios das administracións públicas. En virtude do cal se ditou a Lei 9/1987, do 12 de xuño. Regulado xa o dereito á liberdade sindical pola Lei orgánica 11/1985, a Lei 9/1987 trataba outros aspectos derivados do dereito recoñecido aos funcionarios públicos e que facían referencia aos seus propios órganos de representación (delegados de persoal e xuntas de persoal), así como á negociación colectiva, á determinación das súas condicións de traballo e á participación do persoal ao servizo das administracións públicas, e regulaba as mesas de negociación.

O Estatuto básico derroga a Lei 9/1987 na súa totalidade, agás o artigo 7 e coa excepción prevista na disposición transitoria quinta do Estatuto básico, que se refire ao procedemento electoral. Dentro do título III, o capítulo IV (aplicable desde a súa entrada en vigor) do Estatuto básico regula o dereito á negociación colectiva, representación e participación institucional, xunto co dereito de reunión.

Pola súa banda, a Lei 2/2015 regula a negociación colectiva nos seus artigos 149 e seguintes.

O artigo 149 dispón que:

"A negociación colectiva de condicións de traballo do persoal funcionario, que está suxeita aos principios de legalidade, cobertura orzamentaria, obrigatoriedade, boa fe negocial, publicidade e transparencia, efectúase mediante o exercicio da capacidade representativa recoñecida ás organizacións sindicais nos artigos 6.3.c), 7.1 e 7.2 da Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, ou normas que os substitúan, e o previsto neste capítulo.

2. Para estes efectos, constituiranse mesas de negociación nas cales estarán lexitimados para estar presentes, por unha parte, a representación da Administración pública correspondente e, por outra, as organizacións sindicais máis representativas no ámbito estatal, as organizacións sindicais máis representativas da Comunidade Autónoma de Galicia, así como os sindicatos que obtivesen o dez por cento ou máis de representación nas eleccións para delegados e xuntas de persoal nas unidades electorais comprendidas

no ámbito específico da súa constitución.

3. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poden encargar o desenvolvemento das actividades de negociación colectiva a órganos creados por elas, de natureza estritamente técnica, que exercerán a súa representación na negociación colectiva logo das instrucións políticas correspondentes e sen prexuízo da ratificación dos acordos alcanzados polos órganos de goberno ou administrativos competentes."

Para os efectos da negociación colectiva do persoal funcionario, constituirase unha mesa xeral de negociación no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, así como en cada unha das entidades locais incluídas no ámbito de aplicación da presente lei (artigo 150.1). Son competencias propias das mesas xerais do persoal funcionario a negociación das materias relacionadas con condicións de traballo comúns ao persoal funcionario do seu ámbito, así como a negociación das materias que excedan o ámbito dunha soa mesa sectorial. En particular, serán obxecto de negociación nestas mesas as cuestións relativas ao incremento das retribucións e á determinación e aplicación daqueles conceptos retributivos que afecten o conxunto do persoal funcionario da correspondente Administración pública. Dependendo das mesas xerais de negociación do persoal funcionario e por acordo destas poden constituírse mesas sectoriais en atención ás condicións específicas de traballo das organizacións administrativas afectadas ou ás peculiaridades de sectores concretos de persoal funcionario e ao seu número.

A competencia das mesas sectoriais esténdese aos temas comúns ao persoal funcionario do sector que non fosen obxecto de decisión por parte da mesa xeral ou aos que esta explicitamente lles reenvíe ou delegue (números 3 a 5 do artigo 150).

Segundo o artigo 152, poderá constituírse a Mesa Xeral de Negociación das Administracións Públicas Galegas. Para a negociación de todas aquelas materias e condicións de traballo comúns ao persoal funcionario, estatutario e laboral, constituirase na Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e nas entidades locais incluídas no ámbito de aplicación da presente lei a Mesa Xeral de Negociación dos Empregados Públicos.

Deberán ser obxecto de negociación as materias enumeradas no artigo 153.

. Dereito ao exercicio da folga, coa garantía do mantemento dos servizos esenciais da comunidade: o artigo 28.2 da Constitución española, dentro da sección 1ª do capítulo II do título I, dedicada aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas, establece que "*se recoñece o dereito á folga dos traballadores para a defensa dos seus intereses. A lei que regule o exercicio deste dereito establecerá as garantías precisas para asegurar o mantemento dos servizos esenciais da comunidade*".

A diferenza da liberdade sindical, que se regulou a través dunha lei orgánica, o dereito de folga regúlase a través dun real decreto lei, en concreto, o Real decreto lei 17/1977, do 4 de marzo, sobre relacións de traballo. Como xa se relata na súa exposición de motivos, inicialmente o Decreto lei 5/1975, do 22 de maio, sobre regulación dos conflitos colectivos de traballo, supuxo unha etapa importante na evolución histórica da lexislación laboral, en canto que consagrou a lexitimidade do dereito á folga, sempre que se observasen os requisitos de fondo e de forma que o propio texto legal contiña. A dinámica social e os cambios políticos puxeron de manifesto a necesidade da substitución desas normas por outras nas cales quedase consagrada a folga como dereito, se alixeirase o procedemento para o seu exercicio e se fixasen os seus límites nas fronteiras que marcara a salvagarda dos intereses superiores da comunidade. Así é como se chegou ao Real decreto lei 17/1977. Non hai que esquecer que este Real decreto lei 17/1977 é preconstitucional. Interposto un recurso de inconstitucionalidade contra el, o Tribunal Constitucional estimouno parcialmente na Sentenza 11/1981, do 8 de abril, que hai que ter polo tanto en conta ao estudar este dereito.

O artigo 28.2 da Constitución española non fai referencia explícita á folga no caso de funcionarios públicos. A permisividade parece recollerse na propia Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, que establecía na súa disposición adicional décimo segunda (derrogada polo Estatuto básico) que os funcionarios que exerzan o dereito de folga non devindicarán nin percibirán as retribucións correspondentes ao tempo en que permanecesen nesa situación, sen que a dedución de haberes que se efectúe teña, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria nin afecte o réxime respectivo das súas prestacións sociais.

O Estatuto básico, no seu artigo 30, recolle esta mesma previsión. En correspondencia con

isto, o artigo 145.2 da Lei de emprego público de Galicia dispón que os empregados públicos que exerzan o dereito de folga non devindicarán nin percibirán as retribucións correspondentes ao tempo en que permanecesen nesa situación, sen que a dedución de retribucións que se efectúe teña carácter sancionador nin afecte o réxime respectivo de prestacións sociais.

Considéranse faltas moi graves a participación en folgas por quen o teña expresamente prohibido pola lei, o incumprimento dos deberes de atender os servizos esenciais en caso de folga e tamén a realización de actos encamiñados a coartar o libre exercicio do dereito á folga (artigo 3 do Decreto 94/1991, do 20 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia).

. Dereito á formulación de conflitos colectivos de traballo, de acordo coa lexislación aplicable en cada caso.

O artigo 37 da Constitución española, dentro da sección 2ª do capítulo II do título I, dedicado aos dereitos e deberes dos cidadáns, recolle que *se recoñece o dereito dos traballadores e empresarios a adoptar medidas de conflito colectivo. A lei que regule o exercicio deste dereito, sen prexuízo das limitacións que poida establecer, incluírá as garantías precisas para que se asegure o funcionamento dos servizos esenciais da comunidade*”.

Neste punto hai que destacar que o artigo 40.2 do Estatuto básico dispón que as xuntas de persoal, colexiadamente, por decisión maioritaria dos seus membros e, se é o caso, os delegados de persoal, mancomunadamente, estarán lexitimados para iniciar, como interesados, os correspondentes procedementos administrativos e exercer as accións en vía administrativa ou xudicial en todo o relativo ao ámbito das súas funcións.

Por outra parte, o artigo 162 da Lei de emprego público regula a solución extraxudicial de conflitos colectivos, a través dos procedementos de mediación e arbitraje.

. Dereito de reunión: o artigo 21 da Constitución española, dentro da sección 1ª do capítulo II do título I, dedicada aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas, recoñece o dereito de reunión pacífica e sen armas.

O artigo 163 da Lei de emprego público de Galicia regula este dereito, ao establecer que no dereito de reunión:

"1. Están lexitimados para convocar unha reunión, ademais das organizacións sindicais, directamente ou a través dos delegados sindicais:

- a) Os delegados de persoal.
- b) As xuntas de persoal.
- c) Os comités de empresa.
- d) Os empregados públicos das administracións públicas respectivas en número non inferior ao corenta por cento do colectivo convocado.

2. As reunións no centro de traballo autorizaranse fóra das horas de traballo, salvo acordo entre o órgano competente en materia de persoal e quen estea lexitimado para convocalas.

3. A realización das reunións non prexudicará a prestación dos servizos e os seus convocantes serán responsables do seu normal desenvolvemento."

2. Xornada de traballo, permisos e vacacións

O Estatuto básico regula no capítulo V (aplicable desde a súa entrada en vigor) do título III o dereito á xornada de traballo, permisos e vacacións.

A nivel autonómico, a sección 6ª do capítulo IV do título VI da Lei da función pública de Galicia regula a xornada de traballo, permisos, licenzas e vacacións, nela debemos centrar o noso estudo.

2.1. Xornada de traballo

O artigo 105 da Lei de emprego público de Galicia regula a xornada de traballo do persoal funcionario e establece que:

"Cada unha das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei determinará a xornada ordinaria e as especiais de traballo do persoal funcionario, así como os supostos en que aquela pode ser a tempo parcial, logo de negociación coa representación do persoal. Así mesmo, establecerá a xornada máxima semanal ou, se é o caso, para xornadas especiais, no período de tempo superior que se determine, e a

fórmula para o cómputo anual da xornada de traballo.

O persoal funcionario ten dereito á redución da xornada de traballo diaria, coa percepción íntegra das súas retribucións, nos casos e coas condicións que se determinan no artigo 106.

O artigo 107 regula o teletraballo ao establecer que "cando a natureza do posto que se desempeñe o permita, e sempre que se garanta a correcta prestación dos servizos, os empregados públicos poderán realizar todas as funcións do seu posto ou algunhas delas fóra das dependencias da Administración pública en que estean destinados, mediante o emprego das novas tecnoloxías, nos supostos e cos requisitos que se determinen regulamentariamente."

2.2 Permisos retribuídos (artigos 118 e seguintes)

Os funcionarios públicos teñen os seguintes permisos retribuídos:

- Permisos por falecemento, accidente ou enfermidade graves, por hospitalización ou intervención cirúrxica dun familiar
- Permisos por traslado de domicilio
- Permisos para a realización de funcións sindicais, de formación sindical ou de representación do persoal
- Permiso para concorrer a exames finais, probas definitivas de aptitude e probas selectivas no ámbito do emprego público
- Permiso por lactación
- Permiso por nacemento de fillos prematuros ou que por calquera outra causa deban permanecer hospitalizados a continuación do parto
- Permisos para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ao parto
- Permisos para a realización de tratamentos de fecundación asistida
- Permisos por accidente ou enfermidade moi graves
- Permisos para o cumprimento de deberes inescusables de carácter público ou persoal, de deberes relacionados coa conciliación da vida familiar e laboral e de

asistencia a consultas e revisións médicas

- Permisos por asuntos particulares
- Permiso por matrimonio ou unión de feito
- Permisos para a formación militar dos reservistas voluntarios ou dos aspirantes a tal condición

Do mesmo modo, o persoal funcionario por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, ten dereito aos seguintes permisos (artigos 121 e seguintes)

- Permiso por parto
- Permiso por adopción ou acollemento
- Especialidades nos casos de adopción ou acollemento internacional
- Permiso do outro proxenitor por nacemento, acollemento ou adopción dun fillo

2.3 Licenzas do persoal funcionario (artigos 126 e seguintes)

O persoal funcionario ten dereito ás seguintes licenzas:

- Licenza por risco no embarazo ou durante o período de lactación natural
- Licenzas por asuntos propios
- Licenzas por enfermidade
- Licenzas para a realización de estudos sobre materias directamente relacionadas coa Administración pública
- Licenzas para a participación en proxectos ou programas de cooperación para o desenvolvemento e de acción humanitaria
- Licenza para supostos de hospitalización prolongada

2.4. Vacacións

O artigo 132 da Lei 2/2015 regula as vacacións do persoal funcionario e sinala que:

"1. O persoal funcionario ten dereito, por ano completo de servizos, a vacacións retribuídas de, como mínimo, vinte e dous días hábiles anuais ou dos días que correspondan proporcionalmente ao tempo de servizos efectivos.

2. Para os efectos do previsto neste artigo, non se consideran como días hábiles os sábados, sen prexuízo das adaptacións que se establezan para as xornadas especiais de traballo.

3. Recoñécese o dereito á elección do período de vacacións das mulleres xestantes e á preferencia de elección das persoas con fillos menores de doce anos ou maiores dependentes ao seu coidado, terán prioridade os que reúnan a condición de proxenitor de familia numerosa.

4. Recoñécese o dereito á fixación dun período alternativo de vacacións nos casos de coincidencia do período ordinario de vacacións cos permisos por lactación, parto, adopción ou acollemento, ou doutro proxenitor por parto, adopción ou acollemento dun fillo.

5. Os permisos mencionados no número anterior, así como os períodos de incapacidade temporal, poden acumularse ás vacacións. Nestes casos, o dereito ás vacacións poderá exercerse mesmo despois de finalizar o ano natural a que estas correspondan."

3. Deberes dos empregados públicos. Código de conduta

Pola súa banda, o Estatuto básico regula dentro do título III, no capítulo VI (aplicable desde a súa entrada en vigor), os deberes dos empregados públicos e o Código de conduta.

O artigo 52 do Estatuto básico ("Deberes dos empregados públicos. Código de conduta") sinala que os empregados públicos deberán desempeñar con dilixencia as tarefas que teñan asignadas e velar polos intereses xerais con suxeición e observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico, e deberán actuar de acordo cos seguintes principios: obxectividade, integridade, neutralidade, responsabilidade, imparcialidade, confidencialidade, dedicación ao servizo público, transparencia, exemplaridade, austeridade, accesibilidade, eficacia, honradez, promoción do ámbito cultural e ambiental e respecto á igualdade entre mulleres e homes, que inspiran o Código de conduta dos empregados públicos configurado polos principios éticos e de conduta regulados nos artigos seguintes. Os principios e regras establecidos neste capítulo motivarán a interpretación e aplicación do réxime disciplinario dos empregados públicos.

Os principios éticos aparecen regulados no Estatuto básico, no artigo 53, e os principios de

conduta no artigo 54.

Tal e como sinala o Estatuto básico na súa exposición de motivos, por primeira vez establécese na nosa lexislación unha regulación xeral dos deberes básicos dos empregados públicos, fundada en principios éticos e regras de comportamento que constitúen un auténtico código de conduta. Inclúense con finalidade pedagóxica e orientadora, pero tamén como límite das actividades lícitas, cuxa infracción pode ter consecuencias disciplinarias. Pois a condición de empregado público non só comporta dereitos, senón tamén unha especial responsabilidade e deberes específicos para cos cidadáns, coa propia Administración e coas necesidades do servizo.

A Lei 2/2008, da función pública de Galicia, non dedicaba ningún punto específico a regular os deberes dos funcionarios, nin tampouco os regulamentos que a desenvolven. No seu artigo 2, dispuña que o persoal da Administración da Comunidade Autónoma desempeñará as súas funcións ao servizo dos cidadáns e dos intereses xerais de Galicia con criterios de obxectividade, profesionalidade e imparcialidade.

Non obstante, a actual Lei 2/2015 regula de forma específica os deberes dos empregados públicos e o Código de conduta no seu artigo 74 establece que:

"Os empregados públicos incluídos no ámbito de aplicación da presente lei someteranse a un código de conduta configurado polos seguintes deberes:

- a) Respetar a Constitución, o Estatuto de autonomía de Galicia e o resto das normas que integran o ordenamento xurídico.
- b) Basear a súa conduta no respecto dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, evitando toda actuación que poida producir algunha discriminación por razón de nacemento, orixe racial ou étnica, sexo, orientación sexual, relixión ou conviccións, opinión, discapacidade, idade ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social.
- c) Perseguir coa súa actuación a satisfacción dos intereses xerais dos cidadáns, polo cal esa actuación se fundamentará en consideracións obxectivas orientadas á imparcialidade e ao interese común, á marxe de calquera outro factor que exprese posicións persoais, familiares, corporativas, clientelares ou calquera outra que poida

colidir con este principio.

- d) Exercer as súas atribucións segundo o principio de dedicación ao servizo público, absténdose non só de condutas contrarias a este, senón tamén de calquera outra que comprometa a neutralidade no exercicio dos servizos públicos.
- e) Absterse naqueles asuntos en que teñan un interese persoal, así como de toda actividade privada ou interese que poida supor un risco de xerar conflitos de intereses co seu posto público e, en particular, non contraer obrigas económicas nin intervir en operacións financeiras, obrigas patrimoniais ou negocios xurídicos con persoas ou entidades cando poidan supor un conflito de intereses coas obrigas do seu posto público.
- f) Non aceptar ningún trato de favor ou situación que implique privilexio ou vantaxe inxustificada por parte de persoas físicas ou entidades privadas e, en particular, rexeitar calquera regalo, favor ou servizo en condicións vantaxosas que vaia máis alá dos usos habituais, sociais e de cortesía, sen prexuízo do establecido no Código penal.
- g) Non influír na axilización ou resolución de trámite ou procedemento administrativo sen causa xusta e, en ningún caso, cando iso comporte un privilexio en beneficio dos titulares dos cargos públicos ou no seu ámbito familiar e social inmediato ou cando supoña un menoscabo dos intereses de terceiros.
- h) Axustar a súa actuación aos principios de lealdade e boa fe coa Administración pública na cal presten os seus servizos, cos seus superiores, cos seus compañeiros, cos seus subordinados e cos cidadáns.
- i) Tratar con atención e respecto os cidadáns, os seus superiores e os restantes empregados públicos.
- j) Desempeñar con dilixencia as tarefas que lles correspondan ou se lles encomenden e resolver, se é o caso, os procedementos ou expedientes da súa competencia dentro de prazo e cumprindo a xornada e o horario establecidos.
- k) Actuar de acordo cos principios de eficacia, economía e eficiencia e vixiar a consecución do interese xeral e o cumprimento dos obxectivos da organización.

- l) Obedecer as instrucións e ordes profesionais dos superiores, salvo que constitúan unha infracción manifesta do ordenamento xurídico, en tal caso deberán pólalas en tal caso inmediatamente en coñecemento dos órganos de inspección correspondentes.
- m) Administrar os recursos e bens públicos con austeridade e non os utilizar en proveito propio ou de persoas achegadas, así como velar pola súa conservación.
- n) Garantir a constancia e permanencia dos documentos para a súa transmisión e entrega aos seus posteriores responsables.
- ñ) Gardar segredo sobre as materias clasificadas e as demais de difusión prohibida legalmente e manter a debida discreción sobre aqueles asuntos que coñezan por razón do seu cargo, o que implica non facer uso da información obtida para beneficio propio ou de terceiros ou en prexuízo do interese público.
 - o) Manter actualizada a súa formación e cualificación.
 - p) Observar as normas sobre seguridade e saúde laboral.
 - q) Pór en coñecemento dos seus superiores ou dos órganos competentes as propostas que consideren adecuadas para mellorar o desenvolvemento das funcións da unidade en que estean destinados. Para estes efectos, poderá preverse regulamentariamente a creación da instancia competente adecuada para centralizar a recepción das propostas dos empregados públicos ou cidadáns que sirvan para mellorar a eficacia no servizo.
 - r) Informar os cidadáns sobre aquelas materias ou asuntos que teñan dereito a coñecer e facilitarlles o exercicio dos seus dereitos e o cumprimento das súas obrigas.
- s) Garantir a atención aos cidadáns na lingua oficial da Comunidade Autónoma de Galicia que soliciten."

ANA GONZÁLEZ DE VICENTE

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 33

**ORDENACIÓN DA ACTIVIDADE PROFESIONAL;
ESPECIAL REFERENCIA Á PROVISIÓN DE
POSTOS. SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS.
RÉXIME DE INCOMPATIBILIDADES.**

TEMA 33. ORDENACIÓN DA ACTIVIDADE PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA Á PROVISIÓN DE POSTOS. SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS. RÉXIME DE INCOMPATIBILIDADES.

1. ORDENACIÓN DA ACTIVIDADE PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA Á PROVISIÓN DE POSTOS

A ordenación da actividade profesional vén regulada na **Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, e divídese en tres capítulos.**

1. Capítulo I: Planificación de recursos humanos.
2. Capítulo II: Estruturación do emprego público.
3. Capítulo III: Provisión de postos de traballo e mobilidade.

1.1. Planificación de recursos humanos

Tal e como explica ALBERTO PALOMAR OMEDA en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, “A planificación dos recursos humanos é a actividade que realizan as organizacións públicas para compaxinar a súa reflexión estratéxica xeral coa de medios — neste caso humanos— necesarios para o cumprimento dos obxectivos propostos.

Con carácter xeral, podemos indicar que un dos principais requirimentos para o establecemento de mecanismos da planificación é, precisamente, a fixación de obxectivos de xestión suficientemente claros e nítidos. A planificación é, pois, a determinación dos obxectivos que quere/debe cumprir unha organización e os medios persoais que se necesitan para conseguilos.

A necesidade da planificación e o compromiso no cumprimento dos obxectivos non é unicamente produto dunha organización máis ou menos interesada nos seus comportamentos, senón tamén dun modelo constitucional conformado desde o liderado do Goberno na acción governamental, que non se plasma nun instrumento vinculante senón na acción continua de exercicio funcional.

É claro, polo tanto, que o sinalamento de obxectivos é unha exigencia ineludible para a planificación, pero é certo tamén que a planificación exige unha priorización entre os obxectivos dos distintos órganos, unidades e departamentos.”

O **artigo 69** do **Estatuto básico** dispón que a planificación dos recursos humanos nas administracións públicas terá como obxectivo contribuír á consecución da eficacia na prestación dos servizos e da eficiencia na utilización dos recursos económicos dispoñibles mediante a dimensión adecuada dos seus efectivos, a súa mellor distribución, formación, promoción profesional e mobilidade.

O artigo 69 continúa sinalando que as administracións públicas poderán aprobar **plans para a ordenación dos seus recursos humanos** que inclúan, entre outras, algunhas das seguintes medidas:

- a) Análise das dispoñibilidades e necesidades de persoal, tanto desde o punto de vista do número de efectivos como do dos seus perfís profesionais ou niveis de cualificación.
- b) Previsións sobre os sistemas de organización do traballo e modificacións de estruturas de postos de traballo.
- c) Medidas de mobilidade, entre as cales poderá figurar a suspensión de incorporacións de persoal externo a un determinado ámbito ou a convocatoria de concursos de provisión de postos limitados a persoal de ámbitos que se determinen.
- d) Medidas de promoción interna e de formación do persoal e de mobilidade forzosa de conformidade co disposto no capítulo III deste título deste estatuto.
- e) A previsión da incorporación de recursos humanos a través da oferta de emprego público, de acordo co establecido no artigo seguinte.

Cada Administración pública planificará os seus recursos humanos de acordo cos sistemas que establezan as normas que lles sexan de aplicación.

O **artigo 70** do Estatuto básico sinala que as necesidades de recursos humanos, con asignación orzamentaria, que se deban prover mediante a incorporación de persoal de novo ingreso serán obxecto da **oferta de emprego público**, ou doutro instrumento similar de xestión da provisión das necesidades de persoal. Isto comportará a obriga de convocar os correspondentes procesos selectivos para as prazas comprometidas e ata un dez por cento adicional, fixando o prazo máximo para a súa convocatoria. En todo caso, a execución da oferta de emprego público ou instrumento similar deberase desenvolver dentro do prazo improrrogable de tres anos.

A oferta de emprego público ou instrumento similar, que será aprobada anualmente polos órganos de goberno das administracións públicas, deberá ser publicada no diario oficial correspondente.

A oferta de emprego público ou instrumento similar poderá conter medidas derivadas da planificación de recursos humanos.

Podemos considerar que o Estatuto asigna á oferta unha dobre finalidade: a) Programar a curto prazo cales son as necesidades do novo persoal ao servizo da Administración; b) Informar os cidadáns externos á Administración das prazas dos distintos corpos e escalas que serán obxecto das correspondentes convocatorias de selección. Neste sentido é un instrumento formal, para os efectos de dar transparencia e publicidade aos procedementos selectivos que se van celebrar, para garantir o principio constitucional de igualdade no acceso ás funcións públicas.

O capítulo dedicado á planificación de recursos humanos finaliza co **artigo 71**, relativo aos **rexistros de persoal e xestión integrada de recursos humanos**. Establécese que cada Administración pública constituirá un rexistro no cal se inscribirán os datos relativos ao persoal recollido nos artigos 2 (ámbito de aplicación) e 5 (persoal da sociedade estatal Correos e Telégrafos) deste estatuto e que terá en conta as peculiaridades de determinados colectivos.

1.2. Estruturação do emprego público

O Estatuto básico do empregado público recolle no artigo 72 que, no marco das súas competencias de autoorganización, **as administracións públicas estruturan os seus recursos humanos** conforme as normas que regulan a selección, a promoción profesional, a mobilidade e a distribución de funcións e consonte o previsto no capítulo II do título V.

O artigo 73 dispón que os empregados públicos teñen dereito ao desempeño dun posto de traballo de acordo co **sistema de estruturação do emprego público** que establezan as leis de desenvolvemento do estatuto.

As administracións públicas poderán asignar ao seu persoal funcións, tarefas ou responsabilidades distintas ás correspondentes ao posto de traballo que desempeñen

sempre que resulten adecuadas á súa clasificación, grao ou categoría, cando as necesidades do servizo o xustifiquen, sen mingua nas retribucións.

Os postos de traballo poderanse agrupar en función das súas características para ordenar a selección, a formación e a mobilidade.

O artigo 74 establece que as administracións públicas estruturarán a súa organización a través de **relacións de postos de traballo** ou outros instrumentos organizativos similares que abarcarán, polo menos, a denominación dos postos, os grupos de clasificación profesional, os corpos ou escalas, de ser o caso, a que estean adscritos, os sistemas de provisión e as retribucións complementarias. Os ditos instrumentos serán públicos.

Conforme o artigo 75, os funcionarios agrúpanse en **corpos, escalas, especialidades ou outros sistemas** que incorporen competencias, capacidades e coñecementos comúns acreditados a través dun proceso selectivo.

Os corpos e escalas de funcionarios créanse, modifícanse e suprimense por lei das Cortes Xerais ou das asembleas lexislativas das comunidades autónomas.

Cando no estatuto se fai referencia a corpos e escalas, entenderase comprendida igualmente calquera outra agrupación de funcionarios.

O artigo 76 recolle os **grupos de clasificación profesional do persoal funcionario de carreira**. Conforme este artigo, os corpos e escalas clasifícanse, de acordo coa titulación exixida para o acceso a eles, nos seguintes grupos:

a) Grupo A, dividido en dous subgrupos: A1 e A2.

Para o acceso aos corpos ou escalas deste grupo exixírase estar en posesión do título universitario de grao.

b) Grupo B. Para o acceso a este grupo será necesario ter o título de técnico superior.

c) Grupo C, dividido en dous subgrupos: C1 e C2.

A división dos subgrupos responde á titulación exixida para o ingreso, sendo necesario no caso do C1 o título de bacharel ou técnico, e no C2 o de graduado en educación secundaria obrigatoria.

Respecto ao **persoal laboral**, o artigo 77 dispón que se clasificará de conformidade coa lexislación laboral.

1.3. Provisión de postos de traballo e mobilidade

1.3.1. Regulación estatal

O **Estatuto básico** regula a provisión de postos de traballo e a mobilidade no capítulo III do título V.

O artigo 78 dispón que as administracións públicas proverán os postos de traballo mediante **procedementos** baseados nos **principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade**.

A provisión de postos de traballo en cada Administración pública será realizada polos **procedementos de concurso e de libre designación** con convocatoria pública.

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto poderán establecer **outros procedementos de provisión** nos supostos de mobilidade aos cales se refire o artigo 81.2, permutas entre postos de traballo, mobilidade por motivos de saúde ou rehabilitación do funcionario, reingreso ao servizo activo, cesamento ou remoción nos postos de traballo e supresión destes.

Deste modo, o Estatuto básico recolle como formas de provisión, en todo caso, o concurso e a libre designación, deixando as leis de desenvolvemento do Estatuto a posibilidade de recoller outros procedementos de provisión.

1.3.1.1. Concurso de traslados

Regúlase o **concurso** (artigo 79) como o procedemento normal de provisión de postos de traballo. Consiste na valoración dos méritos e capacidades e, de ser o caso, aptitudes dos candidatos por parte de órganos colexiados de carácter técnico. A composición destes órganos responderá ao principio de profesionalidade e especialización dos seus membros e adecuarase ao criterio de paridade entre muller e home. O seu funcionamento axustarase ás regras de imparcialidade e obxectividade.

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto establecerán o prazo mínimo de ocupación dos postos obtidos por concurso para poder participar noutros

concursos de provisión de postos de traballo.

1.3.1.2. Libre designación

A **libre designación** con convocatoria pública, segundo o artigo 80, consiste na apreciación discrecional polo órgano competente da idoneidade dos candidatos en relación cos requisitos exixidos para o desempeño do posto.

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto establecerán os criterios para determinar os postos que, pola súa especial responsabilidade e confianza, se poidan cubrir por este procedemento. O órgano competente para o nomeamento poderá solicitar a intervención de especialistas que permitan apreciar a idoneidade dos candidatos.

Os titulares dos postos de traballo provistos por este procedemento poderán ser cesados discrecionalmente. No caso de cesamento, deberáselles asignar un posto de traballo conforme o sistema de carreira profesional propio de cada Administración pública e coas garantías inherentes do dito sistema.

1.3.1.3. Persoal laboral

O artigo 83 establece que a provisión de postos do **persoal laboral** se realizará de conformidade co que establezan os convenios colectivos que sexan de aplicación e, na súa falta, polo sistema de provisión de postos do persoal funcionario de carreira.

1.3.2. Regulación autonómica

A **Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia**, regula no capítulo III do seu título IV, entre outras materias, a provisión de postos de traballo. O artigo 89 di que o **concurso** é o procedemento normal de provisión de postos de traballo polo persoal funcionario de carreira. O concurso **pode ser ordinario ou específico**. Os concursos para a provisión de postos de traballo pódense convocar para a xeneralidade dos postos de traballo vacantes, para postos de traballo dun determinado ámbito ou para postos de traballo concretos, en atención ás necesidades do servizo.

Para a valoración dos méritos, capacidades e, de ser o caso, aptitudes dos candidatos, crearanse comisións de valoración cuxa composición e réxime de funcionamento se determinarán regulamentariamente, garantíndose a participación da representación do persoal. A

composición destes órganos responderá aos principios de profesionalidade e especialización dos seus membros e adecuarase ao criterio de paridade entre home e muller. O seu funcionamento axustarase aos principios de imparcialidade e obxectividade.

As convocatorias para prover postos de traballo por concurso deben incluír, en todo caso, os seguintes datos e circunstancias:

- a) A identificación dos postos que se oferten.
- b) Os requisitos necesarios para participar na convocatoria.
- c) O baremo de méritos.

O **concurso ordinario** (artigo 90) é o procedemento xeral de provisión dos postos de traballo que non teñan establecida outra forma de provisión na relación de postos de traballo. O persoal funcionario de carreira que ocupe con carácter definitivo un posto de traballo obtido por concurso debe permanecer nel un mínimo de dous anos para poder participar nos concursos ordinarios regulados neste artigo. No suposto do persoal funcionario de novo ingreso, é requisito necesario para poder participar nestes concursos, en todo caso, unha antigüidade mínima de dous anos desde o nomeamento como persoal funcionario de carreira.

Nos concursos ordinarios teranse en conta unicamente os méritos e capacidades e, de ser o caso, aptitudes exixidos na correspondente convocatoria, entre os cales figurarán de maneira necesaria os que se determinen regulamentariamente.

O **concurso específico** (artigo 91) aplicarase como sistema de provisión para aqueles postos de traballo para os cales, polas súas peculiaridades, así se determine na relación de postos de traballo. As xefaturas de servizo ou postos de nivel equivalente proveranse por este sistema, salvo aqueles que, polas súas especiais características, se deban prover polo sistema de libre designación, con convocatoria pública. Para participar nos concursos específicos regulados neste artigo é requisito necesario unha antigüidade mínima de tres anos como persoal funcionario de carreira. Ademais, o persoal funcionario de carreira que ocupe con carácter definitivo un posto de traballo obtido por concurso, sexa ordinario ou específico, debe permanecer nel un mínimo de dous anos para poder participar nestes concursos. O concurso específico consiste na valoración dos méritos e das capacidades, coñe-

cementos ou aptitudes determinados en cada convocatoria e relacionados co posto de traballo que se vai prover. A valoración global dos méritos, xerais e específicos, suporá, como mínimo, o cincuenta e cinco por cento da puntuación máxima alcanzable. Para a valoración das capacidades, coñecementos ou aptitudes, a convocatoria pode incluír a realización de probas de carácter práctico, memorias, entrevistas ou tests profesionais, a valoración de informes de avaliación ou outros sistemas similares. As características técnicas destes medios de valoración deberán gardar relación directa co perfil do posto de traballo que se vai prover e garantir o respecto do principio de obxectividade naquela. As convocatorias dos concursos específicos poderán establecer unha puntuación mínima para a adxudicación dos postos que, no caso de que non sexa alcanzada por ningunha das persoas candidatas, determinará a declaración do concurso como deserto. Os postos de traballo obtidos polo procedemento de concurso específico serán obxecto dunha valoración cada cinco anos, nos termos que se establezan regulamentariamente, para efectos da determinación da continuidade ou remoción da persoa titular do posto nos termos previstos polo artigo 94, sen prexuízo do sistema xeral de avaliación do desempeño aplicable a todos os empregados públicos.

O **sistema de libre designación con convocatoria pública** vén regulado no artigo 92 da Lei 2/2015 e establece que só se poden prover polo procedemento de libre designación con convocatoria pública entre persoal funcionario de carreira as vicesecretarías xerais, as subdireccións xerais ou equivalentes, as secretarías de altos cargos e, excepcionalmente, aqueles postos de traballo de especial responsabilidade ou cualificación profesional que se determinen nas relacións de postos de traballo.

Os postos clasificados como de libre designación estarán sometidos a dispoñibilidade horaria nos termos que se establezan regulamentariamente.

As convocatorias para a provisión de postos por libre designación incluírán os seguintes datos:

- a) A identificación do posto.
- b) Os requisitos necesarios para participar na convocatoria.

O órgano competente para a adxudicación dos postos pode solicitar a intervención de es-

pecialistas que permitan apreciar a idoneidade dos candidatos.

Nos supostos de provisión polo procedemento de libre designación de postos de traballo abertos a persoal funcionario docente nas relacións de postos de traballo, calquera que sexa o corpo a que pertenza, ou ao corpo de inspectores ao servizo da Administración educativa, este persoal terá dereito á reserva do posto de traballo docente ou da función inspectora de procedencia sempre que o ocupase con carácter definitivo.

Entre os **procedementos extraordinarios de provisión de postos de traballo polo persoal funcionario de carreira** citamos:

- Comisión de servizos voluntaria. Artigo 96. Os postos de traballo reservados ao persoal funcionario de carreira pódense prover excepcionalmente e de maneira temporal mediante comisión de servizos voluntaria nos seguintes casos:

- a) Cando os postos estean vacantes, mentres non se proceda á súa provisión definitiva.
- b) Cando os postos estean suxeitos á reserva legal da persoa titular destes, incluídos os casos en que o persoal funcionario de carreira sexa autorizado para realizar unha misión por período non superior a seis meses en programas de cooperación internacional.
- c) Cando os postos estean ocupados por persoal funcionario de carreira que teña a condición de representante do persoal e teña recoñecido un crédito de horas para o desempeño desa función equivalente á xornada de traballo completa.
- d) Cando concorran as circunstancias previstas no artigo 100 da presente lei.

Para o desempeño dun posto de traballo en comisión de servizos voluntaria, o persoal funcionario debe pertencer ao corpo ou escala e reunir os demais requisitos que estableza a correspondente relación de postos de traballo.

- a) Adscrición provisional. Artigo 97. O persoal funcionario de carreira que cese nun posto de traballo sen obter outro polos procedementos ordinarios de provisión previstos neste capítulo quedará á disposición do órgano competente en materia de persoal da Administración pública na cal estea destinado, quen procederá á súa adscrición provisional a un posto de traballo correspondente ao seu corpo ou escala na mesma localidade do posto que ocupase con carácter definitivo e con efectos do día seguinte ao da data do cesamento.

b) Adscrición por motivos de saúde ou rehabilitación. Artigo 98. As administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei poden adscribir o persoal funcionario de carreira a postos de traballo en distinta unidade ou localidade, logo de solicitude baseada en motivos de saúde ou rehabilitación do seu cónxuxe ou parella de feito ou dun familiar de primeiro grao de consanguinidade ao seu cargo.

c) Permuta de postos de traballo. Artigo 99. Pódense autorizar sempre que cumpran unha serie de requisitos.

d) Traslado voluntario a sectores prioritarios de actividade pública con necesidades específicas de efectivos. Artigo 100.

1. SITUACIÓNS ADMINISTRATIVAS

2.1. Regulación estatal

O **Estatuto básico** regula no seu título VI as situacións administrativas. Na súa exposición de motivos indica que o novo texto legal simplifica e reordena a regulación actual das situacións administrativas, establecendo un conxunto de regras comúns para todos os funcionarios de carreira. Non obstante, recoñece a posibilidade de que, por lei das comunidades autónomas, se poidan introducir supostos distintos conforme as súas necesidades.

No seu artigo 85 enumera as seguintes situacións en que se poden encontrar os funcionarios de carreira:

1. Servizo activo (regulada no artigo 86).
2. Servizos especiais (artigo 87).
3. Servizo noutras administracións públicas (artigo 88).
4. Excedencia (artigo 89).
5. Suspensión de funcións (artigo 90).

As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto poderán regular outras situacións administrativas dos funcionarios de carreira nos supostos, nas condicións e cos efectos que nelas se determinen cando concorran, entre outras, algunha das circunstancias seguintes:

a. Cando, por razóns organizativas, de reestruturación interna ou exceso de persoal, resulte unha imposibilidade transitoria de asignar un posto de traballo ou a conveniencia de incentivar a cesación no servizo activo.

b. Cando os funcionarios accedan, ben por promoción interna ben por outros sistemas de acceso, a outros corpos ou escalas e non lles corresponda quedar nalguna das situacións previstas neste estatuto, e cando pasen a prestar servizos en organismos ou entidades do sector público en réxime distinto ao de funcionario de carreira.

A dita regulación, segundo a situación administrativa de que se trate, poderá comportar garantías de índole retributiva ou impor dereitos ou obrigas en relación co reingreso ao servizo activo.

Polo que respecta ao reingreso ao servizo activo, sinala no seu artigo 91 que se regularán regulamentariamente os prazos, procedementos e condicións, segundo as situacións administrativas de orixe, para solicitar o reingreso ao servizo activo dos funcionarios de carreira, con respecto ao dereito á reserva do posto de traballo nos casos en que proceda segundo o estatuto.

En relación co persoal laboral, o artigo 92 dispón que se rexerá polo Estatuto dos traballadores e polos convenios colectivos que lle sexan aplicables. Os convenios colectivos poderán determinar a aplicación deste capítulo ao persoal incluído no seu ámbito de aplicación no que resulte compatible co Estatuto dos traballadores.

2.2. Regulación autonómica

A **Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia**, regula no capítulo I do seu título VIII as situacións administrativas. O artigo 164 enumera as seguintes:

- a) Servizo activo.
- b) Servizos especiais.
- c) Servizo noutras administracións públicas.
- d) Excedencia voluntaria.
- e) Excedencia forzosa.
- f) Suspensión de funcións.

2. O persoal funcionario de carreira que non estea en servizo activo pode cambiar de situación administrativa sempre que reúna os requisitos exixidos en cada caso, sen necesidade de reingreso previo ao servizo activo.

As situacións do persoal laboral réxense polo Estatuto dos traballadores e polos convenios colectivos que lle sexan de aplicación.

Están na situación de **servizo activo** (artigo 166) as persoas que presten servizos na súa condición de persoal funcionario de carreira en calquera das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei, sempre que non lles corresponda quedar noutra situación.

O persoal funcionario de carreira será declarado en **situación de servizos especiais** cando estea nalgunha das situacións enumeradas no artigo 167; citamos algunha delas:

1. Cando adquira a condición de persoal funcionario ao servizo de organizacións internacionais.
2. Cando sexa autorizado para realizar unha misión por período determinado superior a seis meses en organismos internacionais, gobernos ou entidades públicas estranxeiras ou en programas de cooperación internacional.
3. Cando sexa designado membro do Goberno, do Consello da Xunta ou dos órganos de goberno das demais comunidades autónomas ou das cidades de Ceuta e Melilla, membro das institucións da Unión Europea ou das organizacións internacionais, ou sexa nomeado alto cargo das citadas administracións públicas ou institucións.
4. Cando sexa nomeado para desempeñar postos ou cargos en organismos públicos ou entidades dependentes ou vinculados ás administracións públicas que, de conformidade co que estableza a respectiva Administración pública, estean asimilados no seu rango administrativo a altos cargos.
5. Cando acceda á condición de deputado ou senador das Cortes Xerais, deputado do Parlamento de Galicia ou membro das asembleas lexislativas das demais comunidades autónomas.
6. Cando desempeñe cargos electivos retribuídos e con dedicación exclusiva nas asembleas das cidades de Ceuta e Melilla e nas entidades locais.

7. Cando sexa designado para formar parte do Consello Xeral do Poder Xudicial ou dos consellos de xustiza das comunidades autónomas.

8. [...]

As persoas que cesen na situación de servizos especiais teñen dereito a reingresar ao servizo activo no mesmo posto de traballo que ocupasen con anterioridade con carácter definitivo, se este se obtivese mediante concurso (artigo 168). Cando o posto de traballo se obtivese polo procedemento de libre designación, o dereito ao reingreso farase efectivo nun posto de traballo adecuado ao seu corpo ou escala na mesma localidade e nas mesmas condicións e coas retribucións correspondentes á progresión acadada na carreira profesional, respectándose en todo caso o grao de progresión que se acadou naquela.

Será declarado na **situación de servizo noutras administracións públicas** (artigo 170) o persoal funcionario de carreira incluído no ámbito de aplicación da presente lei que, en virtude dos procesos de transferencias ou polos procedementos de provisión de postos de traballo, obteña destino nunha Administración pública distinta. Manterase nesa situación no caso de que por disposición legal da Administración á cal accede se integre como persoal propio desta.

O persoal funcionario de carreira na situación de servizo noutras administracións públicas réxese pola lexislación da Administración en que estea destinado de forma efectiva (artigo 171) pero conserva a súa condición de persoal funcionario da Administración de orixe. Nesta condición, ten dereito a participar nas convocatorias para a provisión de postos de traballo que efectúe a Administración de orixe.

O tempo de servizo prestado na Administración pública en que o persoal funcionario estea destinado compútase como de servizo activo no seu corpo ou escala de orixe.

A **excedencia voluntaria** do persoal funcionario de carreira pode adoptar as seguintes modalidades segundo o artigo 172:

a) **Excedencia por interese particular.** Artigo 173. Pódeas obter cando prestase servizos efectivos en calquera das administracións públicas durante un período mínimo de tres anos inmediatamente anteriores á solicitude. Queda subordinada ás necesidades do servizo debidamente motivadas. As persoas que estean en situación de excedencia por

interese particular non devindicarán retribucións, nin será computable o tempo que permanezan nela para efectos de ascensos, trienios e dereitos no réxime da Seguridade Social que sexa de aplicación.

b) **Excedencia por prestación de servizos no sector público.** Artigo 174. Procede declarar na dita situación:

a) O persoal funcionario de carreira que acceda, por promoción interna ou por outros sistemas de acceso, a outros corpos ou escalas en calquera Administración pública e non lle corresponda quedar noutra situación administrativa.

b) O persoal funcionario de carreira que pase a prestar servizos como persoal laboral fixo ou como persoal directivo con contrato laboral de alta dirección en calquera Administración pública ou en organismos, axencias ou entidades do sector público.

As persoas que estean en a situación de excedencia por prestación de servizos no sector público non devindicarán retribucións, nin lles será computable o tempo que permanezan nela para efectos de ascensos, trienios e dereitos no réxime da Seguridade Social que sexa de aplicación.

c) **Excedencia por agrupación familiar.** Artigo 175. O persoal funcionario de carreira ten dereito á excedencia por agrupación familiar, sen que sexa exixible o requisito de ter prestado un tempo mínimo de servizos previos nin un prazo de permanencia nela, cando o cónxuxe ou parella de feito resida noutra localidade por ter obtido e estar desempeñando un posto de traballo de carácter definitivo como persoal funcionario de carreira ou como persoal laboral fixo en calquera das administracións públicas, organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes delas, nos órganos constitucionais ou do poder xudicial e órganos similares das comunidades autónomas, así como na Unión Europea ou en organizacións internacionais.

1. **Excedencia por coidado de familiares.** Artigo 176. Ten dereito a un período de excedencia, sen que sexa exixible o requisito de ter prestado un tempo mínimo de servizos previos, de duración non superior a tres anos nos seguintes casos:

c) Para atender ao coidado de cada fillo, tanto cando o sexa por natureza como por adopción ou acollemento permanente ou preadoptivo, contado desde a data de nace-

mento ou, de ser o caso, da efectividade da resolución xudicial ou administrativa.

d) Para atender ao coidado dun familiar que se encontre ao seu cargo, ata o segundo grao -incluído- de consanguinidade ou afinidade cando, por razóns de idade, accidente, enfermidade ou discapacidade non se poida valerse por si mesmo e non desempeñe actividade retribuída.

O tempo de permanencia na situación regulada neste artigo compútase para efectos de trienios, carreira e dereitos no réxime da Seguridade Social que sexa de aplicación, reservándose o posto de traballo que se ocupe con carácter definitivo.

e) **Excedencia por razón de violencia de xénero.** Artigo 177. As funcionarias vítimas de violencia de xénero, para faceren efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, teñen dereito a solicitar a situación de excedencia sen que sexa exigible o requisito de ter prestado un tempo mínimo de servizos previos nin un prazo de permanencia nesta situación.

O persoal funcionario de carreira será declarado de oficio na **situación de excedencia forzosa** (artigo 179) cando, unha vez concluído o período de suspensión firme ou de suspensión provisional por condena a penas que non supoñan inhabilitación ou suspensión de emprego ou cargo público pero determinen a imposibilidade de desempeñar o posto de traballo, solicite o reingreso ao servizo activo nos termos e prazos que se establecen na presente lei e non o poida obter por falta de posto vacante con dotación orzamentaria.

Por último, o persoal funcionario declarado na situación de suspensión quedará privado durante o tempo de permanencia nela, do exercicio das súas funcións. Así mesmo, non poderá prestar servizos en ningunha Administración ou institución pública nin nos organismos, axencias ou entidades de dereito público vinculados ou dependentes delas durante ese período de tempo. A suspensión de funcións pode ser provisional ou firme. Pódese acordar a suspensión de funcións con carácter provisional do persoal funcionario, incluído o persoal funcionario interino, con ocasión da tramitación dun expediente disciplinario.

Cando na tramitación dun procedemento penal se acorde a prisión provisional ou outras medidas que determinen a imposibilidade de desempeñar o posto de traballo, o persoal

funcionario, incluído o persoal funcionario interino, será declarado na situación de suspensión provisional de funcións por todo o tempo a que se estenda a prisión provisional ou as ditas medidas. Cando non se acorde a prisión provisional, poderá ser declarado motivadamente na situación de suspensión provisional de funcións polo tempo durante o cal manteña a dita condición, se así o xustifica a natureza dos feitos imputados. Finalizado o procedemento penal con sentenza firme que impoña penas que non supoñan a inhabilitación ou suspensión de emprego ou cargo público, pero que determinen a imposibilidade de desempeñar o posto de traballo, declararase a situación de suspensión firme de funcións ata o total cumprimento da condena, con perda do posto de traballo cando exceda os seis meses.

RÉXIME DE INCOMPATIBILIDADES

O artigo 103.3.º da Constitución española sinala que a lei regulará o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións polos funcionarios públicos. E o artigo 149.1.º.18) do mesmo texto establece que o Estado ten competencia exclusiva para ditar as bases do réxime xurídico das administracións públicas e o réxime estatutario dos seus funcionarios que, en todo caso, lles garantirán aos cidadáns un tratamento común ante elas.

A norma que regula o sistema de incompatibilidades é a **Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas**, desenvolvida a través do **Real decreto 598/1985, do 30 de abril, polo que se aproba o Regulamento de incompatibilidades**.

De acordo co artigo 1 da Lei 53/1984, o persoal comprendido no seu ámbito de aplicación non poderá compatibilizar as súas actividades co desempeño, en por si ou mediante substitución, dun segundo posto de traballo, cargo ou actividade no sector público, excepto nos supostos previstos.

Ademais, non se poderá percibir, excepto nos supostos previstos nesta lei, máis dunha remuneración con cargo aos orzamentos das administracións públicas e dos entes, organismos e empresas delas dependentes, ou con cargo aos dos órganos constitucionais, ou que resulte da aplicación de arancel, nin exercer opción por percepcións correspondentes a postos incompatibles.

En calquera caso, o desempeño dun posto de traballo polo persoal incluído no ámbito de aplicación desta lei será incompatible co exercicio de calquera cargo, profesión ou actividade, públicos ou privados, que poida impedir ou menoscabar o estrito cumprimento dos seus deberes ou comprometer a súa imparcialidade ou independencia.

3.1 Compatibilidade co desempeño de actividades públicas

REGRA XERAL: só se permite un posto de traballo no sector público.

Tal como establece o artigo 3 da Lei 53/1984, o persoal comprendido no seu ámbito de aplicación só se poderá desempeñar un segundo posto de traballo ou actividade no sector público nos supostos previstos para as funcións docente e sanitaria nos casos a que se refiren os artigos 5 e 6 e nos cales, por razón de interese público, determine o Consello de Ministros, mediante real decreto, ou o órgano de goberno da comunidade autónoma, no ámbito das súas respectivas competencias. Neste último caso, a actividade só se poderá prestar en réxime laboral, a tempo parcial e con duración determinada, nas condicións establecidas pola lexislación laboral.

Para o exercicio da segunda actividade será indispensable a **autorización de compatibilidade** previa e expresa, que non suporá modificación da xornada de traballo e horario dos dous postos e que se condiciona ao seu estrito cumprimento en ambos. En todo caso, a autorización de compatibilidade efectuarase en razón do interese público.

Será requisito necesario, de acordo co artigo 7 da Lei 53/1984, para autorizar a compatibilidade de actividades públicas que a cantidade total percibida por ambos os postos ou actividades non supere a remuneración prevista para o cargo de director xeral nin supere a correspondente ao principal, estimada en réxime de dedicación común, incrementada en:

1. Un 30% para os funcionarios do grupo A ou persoal de nivel equivalente.
2. Un 35% para os funcionarios do grupo B ou persoal de nivel equivalente.
3. Un 40% para os funcionarios do grupo C ou persoal de nivel equivalente.
4. Un 45% para os funcionarios do grupo D ou persoal de nivel equivalente.
5. Un 50% para os funcionarios do grupo E ou persoal de nivel equivalente.

A superación destes límites, en cómputo anual, require en cada caso acordo expreso do Goberno, órgano competente das comunidades autónomas ou pleno das corporacións locais, con base en razóns de especial interese para o servizo.

Os servizos prestados no segundo posto ou actividade non se computarán para efectos de trienios nin de dereitos pasivos e poderase suspender a cotización para este último efecto. As pagas extraordinarias, así como as prestacións de carácter familiar, só se poderán percibir por un dos postos, calquera que sexa a súa natureza.

Aqueles que accedan por calquera título a un novo posto do sector público que, conforme esta lei, resulte incompatible co que viñesen desempeñando, deberán optar por un deles dentro do prazo de toma de posesión (artigo 10). Na falta de opción neste prazo entenderase que optan polo novo posto, pasando á situación de excedencia voluntaria nos que viñesen desempeñando.

Se se trata de postos susceptibles de compatibilidade, logo de autorización, deberán instala nos dez primeiros días do prazo de toma de posesión, entendéndose este prorrogado en canto se dita resolución.

3.2. Compatibilidade co desempeño de actividades privadas

REGRA XERAL: permíttese compatibilizar con actividades privadas.

Segundo establece o artigo 11 da Lei 53/1984, o persoal comprendido no seu ámbito de aplicación non poderá exercer, por si ou mediante substitución, actividades privadas, incluídas as de carácter profesional, sexan por conta propia ou baixo a dependencia ou ao servizo de entidades ou particulares que se relacionen directamente coas que desenvolva o departamento, organismo ou entidade onde estea destinado.

Exceptúanse da dita prohibición as actividades particulares que, en exercicio dun dereito legalmente recoñecido, realicen para si os directamente interesados.

O Goberno, mediante real decreto, poderá determinar, con carácter xeral, as funcións, postos ou colectivos do sector público incompatibles con determinadas profesións ou actividades privadas que poidan comprometer a imparcialidade ou independencia do persoal de que se trate, impedir ou menoscabar o estrito cumprimento dos seus deberes ou prexudicar os intereses xerais.

No artigo 12 establécense as actividades privadas que non se poden exercer:

- a) O desempeño de actividades privadas, incluídas as de carácter profesional, sexa por conta propia ou baixo a dependencia ou ao servizo de entidades ou particulares, nos asuntos en que estea intervindo, interviñese nos dous últimos anos ou teña que intervir por razón do posto público. Inclúense, en especial, as actividades profesionais prestadas a persoas ás cales se estea obrigado a atender no desempeño dun posto público.
- b) A pertenza a consellos de administración ou órganos reitores de empresas ou entidades privadas, sempre que a súa actividade estea directamente relacionada coas que xestione o departamento, organismo ou entidade en que preste os seus servizos o persoal afectado.
- c) O desempeño, en por si ou por persoa interposta, de cargos de todo tipo en empresas ou sociedades concesionarias, contratistas de obras, servizos ou subministracións, arrendatarias ou administradoras de monopolios, ou con participación ou aval do sector público, calquera que sexa a súa configuración xurídica.
- d) A participación superior ao 10% no capital de empresas ou sociedades ás cales se refire o punto anterior.

As actividades privadas que correspondan a postos de traballo que requiran a presenza efectiva do interesado durante un horario igual ou superior á metade da xornada semanal ordinaria de traballo nas administracións públicas só se poderán autorizar cando a actividade pública sexa unha das enunciadas como de prestación a tempo parcial.

Non se poderá recoñecer ningunha compatibilidade para actividades privadas a aqueles aos cales se lles autorizase a compatibilidade para un segundo posto ou actividade públicos, sempre que a suma de xornadas de ambos sexa igual ou superior á máxima nas administracións públicas (artigo 13).

O exercicio de actividades profesionais, laborais, mercantís ou industriais fóra das administracións públicas requirirá o recoñecemento previo de compatibilidade. Os ditos recoñecementos non poderán modificar a xornada de traballo e o horario do interesado e quedarán automaticamente sen efecto en caso de cambio de posto no sector público.

Aqueles que estean autorizados para o desempeño dun segundo posto ou actividade públicos deberán instar o recoñecemento de compatibilidade con ambos (artigo 14).

3.3. Disposicións comúns

O artigo 16.1.º da Lei 53/1984 (modificado polo ordinal 2.º da disposición derradeira terceira do Estatuto básico) sinala que non se poderá autorizar ou recoñecer compatibilidade ao persoal funcionario, ao persoal eventual e ao persoal laboral cando as retribucións complementarias que teñan dereito a percibir do artigo 24.b) do Estatuto básico inclúan o factor de incompatibilidade ao retribuído por arancel e ao persoal directivo, incluído o suxeito á relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Para estes efectos, a dedicación do profesorado universitario a tempo completo ten a consideración de especial dedicación.

Exceptúanse da prohibición do artigo 16.1.º as autorizacións de compatibilidade para exercer como profesor universitario asociado nos termos do artigo 4.1.º, así como para realizar as actividades de investigación ou asesoramento ás cales se refire o artigo 6, excepto para o persoal docente universitario a tempo completo.

Así mesmo, por excepción e sen prexuízo das limitacións establecidas na lei, poderase recoñecer compatibilidade para o exercicio de actividades privadas ao persoal que desempeñe postos de traballo que comporten a percepción de complementos específicos, ou concepto equiparable, cuxa contía no supere o 30% da súa retribución básica, excluídos os conceptos que teñan a súa orixe na antigüidade.

Todas as resolucións de compatibilidade para desempeñar un segundo posto ou actividade no sector público ou o exercicio de actividades privadas se inscribirán nos rexistros de persoal correspondentes (artigo 18).

Quedan exceptuadas do réxime de incompatibilidades as actividades enumeradas no artigo 19:

1. As derivadas da administración do patrimonio persoal ou familiar.
2. A dirección de seminarios ou o ditado de cursos ou conferencias en centros oficiais destinados á formación de funcionarios ou profesorado, cando non teñan carácter permanente ou habitual nin supoñan máis de setenta e cinco horas ao ano, así

como a preparación para o acceso á función pública nos casos e na forma que regulamentariamente se determine.

3. A participación en tribunais cualificadores de probas selectivas para ingreso nas administracións públicas.
4. A participación do persoal docente en exames, probas ou avaliacións distintas das que habitualmente lles correspondan, na forma regulamentariamente establecida.
5. O exercicio do cargo de presidente, vogal ou membro de xuntas reitoras de mutualidades ou padroados de funcionarios, sempre que non sexa retribuído.
6. A produción e creación literaria, artística, científica e técnica, así como as publicacións derivadas delas, sempre que non se orixinen como consecuencia dunha relación de emprego ou de prestación de servizos.
7. A participación ocasional en coloquios e programas de calquera medio de comunicación social.
8. A colaboración e a asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias ou cursos de carácter profesional.

O incumprimento do establecido será sancionado conforme o réxime disciplinario de aplicación (artigo 20).

BIBLIOGRAFÍA:

Castillo Blanco, F. A.; Sala Franco, T.; Palomar Olmeda, A; Sánchez Morón, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nueva, S. A., 2008.

EDUARDA VARELA CASTRO

FUNCIONARIA DO CORPO SUPERIOR DA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR **MANUEL FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 34

A SEGURIDADE SOCIAL DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉXIME XERAL. RÉXIME ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. O MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.

TEMA 34. A SEGURIDADE SOCIAL DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉXIME XERAL. RÉXIME ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. O MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.

INTRODUCCIÓN

O sistema de Seguridade Social en España ten o seu xerme no modelo asistencial e universal formulado por Beveridge na década dos anos 40. Esta circunstancia aparece reflectida no artigo 41 da Constitución española, que determina que os poderes públicos manterán un sistema público de Seguridade Social para todos os cidadáns que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, que cunha maior precisión regula a Lei xeral da Seguridade Social.

I.- A SEGURIDADE SOCIAL DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

O sistema español de Seguridade Social está composto, por un lado, polo réxime xeral, integrado por traballadores por conta allea da industria e os servizos e asimilados, que está regulado no título II do Texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social, aprobado polo RDL 1/1994, do 20 de xuño (LXSS), e, por outro lado, por réximes especiais, cuxa singularidade se atopa, segundo MARTÍN VALVERDE, na súa regulación propia e na distinta acción protectora para un sector diferenciado da poboación asegurada. En consecuencia, cada réxime especial terá a súa normativa propia, legal ou regulamentaria, e referirase a un colectivo concreto con prestacións uniformes para os seus integrantes.

O artigo 9 LXSS debuxa o mapa ou a estrutura do sistema, dividindo este, como se dixo, en varios réximes distintos: por unha banda, o réxime xeral e, por outra, réximes especiais. É o artigo 10 o que se dedica a réximes especiais establecidos para «aquelas actividades profesionais en que, pola súa natureza, as súas peculiares condicións de tempo e lugar ou pola índole dos seus procesos produtivos» sexa necesaria unha regulación especial.

O réxime especial de funcionarios non se constituíu como tal, senón que, baixo esa denominación, se mantén esencialmente o sistema tradicional, baseado nunha protección mutualista que separa os funcionarios en razón da concreta administración pública para a

que presten servizos co obxectivo da protección contra as contingencias, comúns ou profesionais, que se actualicen durante a permanencia do vínculo administrativo, e un mecanismo unificado de protección para os que abandonan o servizo activo, denominado sistema de clases pasivas.

O propósito de homoxeneización co réxime xeral destes instrumentos protectores é cada vez máis evidente, e reaparece na DA 62.^a da Lei 2/2008, que lle concede ao Goberno un prazo de seis meses para propor “as medidas legais necesarias para continuar o proceso de harmonización do réxime de clases pasivas do Estado co réxime xeral da seguridade social”.

O RDL 13/2010, do 3 de decembro, dispón a integración obrigatoria no réxime xeral da Seguridade Social dos funcionarios que accedan a esa condición a partir do 1 de xaneiro de 2011 e que con anterioridade se adscribisen ao réxime de clases pasivas (art. 20). Este réxime de clases pasivas queda, así pois, destinado á súa extinción, aínda que se mantén transitoriamente para regular os dereitos pasivos causados e os que no futuro poidan causar os colectivos adscritos a este con anterioridade ao 31.12.2010.

Formalmente, o réxime especial de funcionarios divídese en catro piares, que, en nomenclatura legal, reciben tamén a denominación de réximes especiais, polo menos os xestionados por vía mutualista:

- Réxime especial de funcionarios civís do Estado
- Réxime especial de funcionarios da Administración de Xustiza
- Réxime especial de funcionarios das Forzas Armadas
- Réxime de clases pasivas

O réxime especial de funcionarios non alberga todos os funcionarios públicos, senón que moitos deles foron integrados no réxime xeral:

- 1.** Funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a corpos ou escalas de funcionarios que non estean suxeitos ao réxime de clases pasivas, e altos cargos das administracións públicas que non sexan funcionarios públicos, así como funcionarios de novo ingreso das comunidades autónomas (art. 97.2 LXSS).
- 2.** Funcionarios do Estado transferidos ás CCAA que ingresasen ou ingresen

voluntariamente en corpos ou escalas propios da comunidade autónoma de destino —calquera que sexa o sistema de acceso—, e en virtude doutras disposicións complementarias (art. 97.2 LXSS).

3. Funcionarios locais desde o Real decreto 480/1993, do 2 de abril, que encadrou no dito réxime o persoal integrado na MUNPAL, tanto clases activas como pasivas.

4. Funcionarios de organismos autónomos, xa desde o 1 de xaneiro de 1967.

5. Funcionarios interinos nomeados con posterioridade ao 1 de xaneiro de 1965 (os nomeados con anterioridade continuaron no sistema de clases pasivas) e funcionarios de emprego (Decreto-lei 10/1965, do 23 de setembro, e Orde do 28 de abril de 1967), agás os que se poidan incorporar a un dos tres réximes de funcionarios.

6. O persoal estatutario dos servizos de saúde, malia contar cun vínculo cualificado expresamente como «relación funcionarial especial» (art. 1 Lei 55/2003, do 16 de decembro, polo que se aproba o estatuto marco deste persoal), está incluído no campo de aplicación do réxime xeral [art. 17.1 i) Lei 55/2003].

7. O persoal de administración e servizos das universidades, ben pola súa condición de traballadores asalariados, ben pola súa condición de funcionarios públicos excluídos do réxime especial de funcionarios civís do Estado [art. 3.2.h) RDL 4/2000].

8. O persoal de carácter temporal da Administración de Xustiza mencionado no RD 960/1990, do 13 de xullo.

9. O persoal funcionario e non funcionario de organizacións intergubernamentais ao que se lle permite asinar un convenio especial.

10. O persoal considerado no art. 2.1 do RD 670/1987 que acceda á condición de funcionario a partir do 1 de xaneiro de 2011 (RDL 13/2010).

Este réxime especial está integrado por dous mecanismos de cobertura: a) o que podiamos denominar réxime xeral chamado de réxime de mutualismo administrativo, e b) o réxime especial denominado de clases pasivas do Estado.

II. RÉXIME XERAL

Pode entenderse referido ao réxime especial de funcionarios civís do Estado.

1.- Campo de aplicación

Están obrigatoriamente comprendidos neste réxime especial:

- a)** Os funcionarios de carreira da Administración civil do Estado (art. 3 RDL 4/2000).
- b)** Os funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a corpos da Administración civil do Estado, que deberán afiliarse á MUFACE con efectos do día de inicio do período de prácticas, salvo que xa tivesen a condición de mutualistas (art. 3 RDL 4/2000); causarán baixa se non chegan a alcanzar a condición de funcionarios de carreira (art. 13 RD 375/2004).
- c)** A disposición adicional (DA) 1.^a do RDL 4/2000 considera unha serie de inclusións específicas referidas a colectivos que prestaban servizos como funcionarios con anterioridade á súa incorporación ao réxime xeral, ou que sufriron a desaparición do ente administrativo para o cal desenvolvían a súa actividade.
- d)** Os funcionarios procedentes do extinguido Servizo de Inspección e Asesoramento das Corporacións Locais (art. 3.d) do RD 375/2003).
- e)** Os funcionarios pertencentes aos corpos do Servizo de Vixilancia Aduaneira (art. 56.14 da Lei 66/1997, do 30 de decembro, apartado engadido polo art. 48.2 da Lei 50/1998, do 30 de decembro).
- f)** Os profesores universitarios que alcancen a condición de funcionario público están comprendidos neste réxime especial. Os profesores con contrato administrativo ou laboral, sexan asociados ou visitantes, e os funcionarios de emprego interinos deberán proceder á alta no réxime xeral (DA 22.^a LO 6/2001 e DA 1.^a RD 1086/1989). Os profesores eméritos, que son traballadores asalariados, están fóra do sistema de Seguridade Social (art. 54 e DA 22.^a.2 LO 6/2001).
- g)** Os profesores de educación física afectados polo RD 1467/1988. A condición de beneficiario é incompatible de forma absoluta coa pertenza a título propio ao mutualismo administrativo ou a outro réxime do Sistema da Seguridade Social. Tamén é incompatible cun novo recoñecemento ou mantemento desa mesma condición a título derivado doutro mutualista no mesmo ámbito e coa pertenza a

outro réxime do Sistema da Seguridade Social como beneficiario, suposto en que se debe optar pola inclusión respecto dun só titular do dereito (art. 19 RD 375/2003).

2.- Xestión

Este réxime especial, cuxo sistema financeiro é o de repartición e cota revisable (art. 33 RDL 4/2000), está xestionado pola Mutualidade Xeral de Funcionarios Cívís do Estado (MUFACE), organismo público con personalidade xurídica pública diferenciada, patrimonio e tesouraría propios e autonomía de xestión dependente do Ministerio de Administracións Públicas. O mesmo que as entidades xestoras (art. 64 LXSS), ten recoñecida a reserva de nome, polo que ningunha outra entidade poderá denominarse igual nin utilizar o acrónimo MUFACE (art. 4 RD 375/2003).

A Mutualidade Xeral de Funcionarios Cívís do Estado gozará do mesmo tratamento fiscal que a lei estableza para o Estado, e poderá seleccionar o seu persoal polas mesmas vías que a Administración xeral do Estado (art. 6 RDL 4/2000).

3.- Actos de encadramento

Os funcionarios incluídos neste réxime especial deben afiliarse á MUFACE desde o momento da toma de posesión ou, se é o caso, desde o comezo do período de prácticas (art. 7 RD 375/2003). Causan baixa neste réxime especial (art. 8 RDL 4/2000):

- a)** Os funcionarios que pasen á situación de excedencia voluntaria, en calquera das súas modalidades, agás que sexa consecuencia do pase a outro corpo ou escala da Administración civil do Estado incluído no ámbito de aplicación do RD 375/2003.
- b)** Os funcionarios que perdan tal condición, calquera que sexa a causa.
- c)** Os funcionarios que pasen a prestar servizos para a Administración da Unión Europea (UE) ou para unha organización internacional e transfiran os seus dereitos de Seguridade Social ao instrumento protector establecido nela. A obriga de alta na MUFACE rexurdirá cando pasen a unha situación administrativa das mencionadas no art. 7 do RDL 4/2000 (DA 5.^a RD 375/2003).
- d)** O persoal rexido polo Estatuto do persoal do Centro Nacional de Intelixencia [(art. 3.1.g) RDL 1/2000].

A mesma actividade non pode dar lugar á inclusión en máis dun réxime da

Seguridade Social. As situacións asimiladas á alta operan neste réxime especial, aínda que se deben adaptar ás situacións concretas (STS 28.10.1993).

4.- Cotización

A condición de mutualista leva consigo a obriga de cotizar mentres se manteña a situación de alta. Están exentos da obriga de cotizar os xubilados e os que soliciten unha excedencia para coidado de fillos ou familiares (art. 10 RDL 4/2000).

A base de cotización será a que en cada momento se estableza como haber regulador para os efectos de cotización de dereitos pasivos, debendo minorarse proporcionalmente en supostos de xornada reducida.

A cota debe deducirse dos haberes do funcionario. A reducida cotización é consecuencia do modelo de financiamento, baseado en achegas do Estado, cuxa contía se determinará mediante unha porcentaxe dos haberes reguladores para os efectos de cotización de dereitos pasivos (art. 35 RDL 4/2000).

5.- Acción protectora

As continxencias protexidas e as prestacións que se outorgan son as seguintes (arts. 11 e 12 RDL 4/2000):

a) Asistencia sanitaria

A extensión e intensidade con que se concede a prestación médica (atención primaria, incluída a urxente en réxime de ambulatorio e domicilio, atención especializada no mesmo réxime ou hospitalario incluído o de urxencias) e farmacéutica (fórmulas maxistrais, especialidades, efectos e accesorios farmacéuticos) no réxime especial de funcionarios civís do Estado coincide practicamente coa do réxime xeral da Seguridade Social.

A propia MUFACE presta a asistencia sanitaria —ben directamente, ben mediante concerto— aos mutualistas, xubilados e beneficiarios de ambos (arts. 15 e ss. RDL 4/2000 e arts. 65 e ss. RD 375/2003). Dentro do mes de xaneiro, os beneficiarios poden cambiar de entidade, optando por recibir a prestación ben do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), ben dalgunha das entidades coas que se subscribiu o concerto e que veñen relacionadas na resolución.

b) Incapacidade temporal

A D.D. 7.^a da Lei 2/2008 alterou substancialmente o réxime xurídico da IT no mutualismo administrativo co fin de proceder á súa homoxeneización co réxime xeral. Consecuencia diso foi a publicación do RD 2/2010, do 8 de xaneiro (RCL 2010, 103), que modifica o capítulo VI da Lexislación xeral de mutualismo administrativo, requisitos da situación de incapacidade temporal, os medios de acreditación do proceso patolóxico e o procedemento para a concesión da licenza por enfermidade e o seu control. O procedemento para o recoñecemento, control e seguimento desta situación regúlase na O 1744/2010, do 30 de xuño.

A IT vincúlase á duración das licenzas por enfermidade ou accidente durante as cales o funcionario se atope imposibilitado para traballar e recibindo asistencia sanitaria (STS Cont.-Adm. do 18-09-2001).

Durante a situación de incapacidade temporal o funcionario ten dereito a unha prestación económica, agás que fose suspendido por motivos disciplinarios (STSX Comunidade Valenciana 7-2-1998). Cómpre acreditar un período de carencia de seis meses, salvo que a continxencia estea cuberta por outro réxime de Seguridade Social, organismo ou institución, pola mesma relación de servizos (art. 94 RD 375/2003). Os dereitos económicos son os seguintes (art. 21 RDL 4/2000):

a) desde o cuarto mes percibirá as retribucións básicas, a prestación por fillo a cargo, se é o caso, e un subsidio por incapacidade temporal a cargo da Mutualidade Xeral de Funcionarios Civís do Estado, cuxa contía, fixa e invariable mentres dure a incapacidade, será a maior das dúas cantidades seguintes:

1.^a: 80 por 100 das retribucións básicas (soldo, trienios e grao, se é o caso), incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao terceiro mes de licenza.

2.^a: 75 por 100 das retribucións complementarias xeradas no terceiro mes de licenza.

En ningún caso a suma resultante das cantidades a cargo do órgano para o que presta as súas funcións o mutualista e a do subsidio poderá exceder o importe das percepcións que o funcionario tivese no terceiro mes de licenza.

c) Risco durante o embarazo e risco durante a lactación natural

Estas situacións teñen a mesma consideración e efectos que a incapacidade temporal derivada de enfermidade profesional, polo que non requiren período previo de cotización.

Os dereitos económicos son os establecidos, coa particularidade de que o importe do subsidio ascende ao 100% das retribucións complementarias xeradas no terceiro mes de licenza con cargo á MUFACE.

Incapacidade permanente

A diferenza do réxime xeral, que admite excepcións, a incapacidade permanente no réxime especial de funcionarios civís do Estado debe derivar en todo caso dunha situación de IT previa (art. 23 RDL 4/2000).

Os graos de incapacidade permanente (IP) coinciden cos do réxime xeral. En caso de IP parcial, o funcionario ten dereito á totalidade dos haberes que correspondan ao posto que desempeñe, pero debe someterse aos procesos de rehabilitación que a MUFACE considere convenientes (art. 24 RDL 4/2000 e art. 103 RD 375/2003). Se a IP parcial ten a súa orixe en acto de servizo, o funcionario ten dereito a unha indemnización equivalente a 24 mensualidades da base de cotización ao mutualismo administrativo vixente no mes da primeira licenza por enfermidade ou, no seu defecto, no mes en que se produciu o accidente ou se diagnosticou a enfermidade que deu lugar ás reducións anatómicas ou funcionais. Para estes efectos, débense ratear as bases de cotización correspondentes ás pagas extraordinarias de xuño e decembro. Non se prevé indemnización por IP parcial derivada de continxencias comúns.

A incapacidade permanente total e a incapacidade permanente absoluta darán lugar á xubilación do funcionario, nos termos do réxime de clases pasivas (art. 25 RDL 4/2000).

En caso de que exista posibilidade razoable de recuperación, o funcionario incapacitado terá así mesmo dereito a recibir prestacións recuperadoras a cargo da MUFACE (art. 25 RDL 4/2000).

A grande invalidez orixinará a xubilación do funcionario e dará dereito a un

complemento mensual equivalente ao 50 por 100 da pensión de xubilación que lle corresponda conforme o réxime de clases pasivas, destinado a remunerar a persoa encargada da súa asistencia (art. 26 RDL 4/2000). En caso de que non se cumpran os requisitos para acceder ao sistema de clases pasivas, a declaración de grande invalidez require un período de carencia de nove anos (art. 106.2 RD 375/2003).

É posible a revisión por melloría (art. 27 RDL 4/2000).

As lesións permanentes non invalidantes (lesións, mutilacións e deformacións de carácter definitivo causadas por enfermidade profesional ou acto de servizo ou como consecuencia del, sexa por accidente ou risco específico do traballo) protéxense nos mesmos termos que o réxime xeral (art. 28 RDL 4/2000 e art. 110 RD 375/2003). Non se require incapacidade temporal previa para o recoñecemento de lesións permanentes non invalidantes (art. 114 RD 375/2004). Darán dereito á percepción por unha soa vez das cantidades que regulamentariamente se establezan.

Protección á familia

O réxime especial de funcionarios civís do Estado concede prestacións económicas familiares, tanto de pagamento periódico como de pagamento único, por fillo a cargo, por parto ou adopción múltiple nos mesmos termos que o réxime xeral (art. 29 RDL 4/2000, en relación cos arts. 182 e ss. LXSS (arts. 119 e ss. RD 375/2003).

O art. 29 RDL 4/2000 non menciona a prestación por maternidade, na que o funcionario ten dereito a plenitude de dereitos económicos, pero si o subsidio especial por parto múltiple, que ascende ao 100 por 100 da base de cotización que corresponda ao día do feito causante, aplicada ao período de seis semanas de descanso obrigatorio e calculada en función do número de fillos tidos no mesmo parto ou de adoptados ou acollidos simultaneamente, a partir do segundo (art. 122 RD 375/2003).

Servizos Sociais

A acción protectora deste réxime poderá incluír servizos sociais do sistema xeral de Seguridade social, sempre que as continxencias que atendan non estean cubertas por outras prestacións (art. 30 RDL 4/2000).

Asistencia Social

MUFACE dispensará os auxilios e servizos económicos que en atención a estados e situacións de necesidade consideren precisos.

As axudas asistenciais comprenderán entre outras: a) as que se dispensen por tratamento ou intervencións especiais, en caso de carácter excepcional e por determinación de facultativo; b) as determinadas por inexistencia, perda ou insuficiencia de prestacións en supostos concretos; c) as debidas a gastos de carácter urxente en casos de importancia extraordinaria debidamente xustificados; e d) calquera outra análoga cuxa percepción non fose regulada (arts. 30 e 31 RDL 4/2000).

III.- RÉXIME ESPECIAL DE CLASES PASIVAS

Tras a integración obrigatoria dos funcionarios públicos e dos demais colectivos que se relacionan no art. 2.1 do Texto refundido da Lei de clases pasivas —a excepción do considerado na letra i)— no réxime xeral da Seguridade Social, o réxime de clases pasivas queda configurado como un mecanismo público de protección transitoria para os previamente incorporados, destinado a extinguirse co paso dos anos (art. 20 RDL 13/2010, do 3 de decembro, e DT 4.^a RDL 13/2010).

A súa cobertura alcanza nun principio os funcionarios públicos non integrados no réxime xeral da Seguridade Social que se atopen incluídos con data do 31 de decembro de 2010 nalgún dos réximes especiais da función pública, aínda que o seu ámbito subxectivo é algo maior.

1. Campo de aplicación

Están incluídos no réxime de clases pasivas (art. 2 RDL 670/1987):

- a) Os funcionarios de carreira da Administración do Estado, da Administración de Xustiza, das Cortes Xerais, de calquera órganos constitucionais ou estatais que así se prevexa; o persoal militar de carreira e o das escalas de Complemento e Reserva Naval, e o de tropa e mariñeiría profesional que tivesen adquirido o dereito a permanecer nas Forzas Armadas ata a idade de retiro.
- Os funcionarios interinos nomeados con anterioridade ao 1 de xaneiro de 1965.
- Os funcionarios transferidos ás CCAA que non deban incorporarse ao réxime xeral.
- Os funcionarios en prácticas pendentes de incorporación definitiva aos distintos

corpos, escalas e prazas, así como os alumnos de academias e escolas militares a partir da súa promoción a cabaleiro alférez-cadete, alférez alumno, sarxento-alumno ou gardamariña.

- Os ex-presidentes, vicepresidentes e ministros do Goberno da nación; os ex-presidentes do Congreso dos Deputados e do Senado, do Tribunal de Contas e do Consello de Estado; os ex-presidentes do Tribunal Supremo e, a partir do 1 de xaneiro de 1987, do Consello Xeral do Poder Xudicial; os ex-presidentes do Tribunal Constitucional e os ex-defensores do pobo e fiscais xerais do Estado.
- O persoal que cumpra o servizo militar en calquera das súas formas; os cabaleiros cadetes, alumnos e aspirantes das escolas e academias militares (RD 1234/1990, do 11 de outubro) e o persoal civil que desempeñe unha prestación social substitutoria do servizo militar obrigatorio (RD 848/1993, do 4 de xuño).
- O persoal militar de emprego e o das escalas de Complemento e Reserva Naval, e o de tropa e mariñeiría profesional que non teña adquirido o dereito a permanecer nas Forzas Armadas ata a idade de retiro.

As pensións que perciben están suxeitas aos mesmos límites que as do resto de funcionarios, sobre todo no referente á contía.

2. Xestión

O réxime de clases pasivas do Estado é xestionado de forma unitaria pola Administración do Estado, en concreto polo Ministerio de Economía e Facenda, sen prexuízo dos deberes que contraen as CCAA respecto ao persoal transferido (art. 4 RDL 670/1987). Os órganos competentes para o recoñecemento, concesión e prestacións detállanse nos arts. 11 e ss. do RDL 670/1987.

3. Cotización

Os incluídos no campo de aplicación do réxime de clases pasivas deben aboar unha cota de dereitos pasivos. A base de cotización ascende ao haber regulador fixado na lei de orzamentos correspondente.

O tipo de cotización é do 3,86 por 100 con carácter xeral, aínda que se reduce ao

1,93 por 100 para o persoal militar profesional que non sexa de carreira e para o persoal militar das escalas de Complemento ou Reserva Naval que non complete —en ambos os dous casos— quince anos de servizos efectivos ao Estado (art. 23.1 RDL 670/1987). Cando este último persoal complete ese período de carencia ou se incorpore aos devanditos colectivos procedentes de escalas profesionais, aplicárase o tipo xeral.

A contía anual así calculada divídese entre catorce. O resultado será a cota mensual, que debe aboarse duplicada en xuño e decembro (art. 23.2 RDL 670/1987). A recadación efectúase mediante a dedución correspondente na nómina ou, se non fose posible, o propio funcionario deberá ingresar directamente esas cotas (art. 23.3 RDL 670/1987).

4. Acción protectora

O réxime de clases pasivas concede pensións de xubilación ou retiro e de morte e supervivencia. Esas pensións son inembargables, irrenunciáveis, inalienables e imprescritibles (sen prexuízo da caducidade dos efectos económicos polo non exercicio do dereito nun prazo catro anos), e non poden ser obxecto de cesións, convenios ou contratos de calquera clase, orixinándose, transmitíndose e extinguíndose unicamente polas causas previstas na lei (arts. 6 e 7 RDL 670/1987).

A) Pensión de xubilación ou retiro

No réxime de clases pasivas, a pensión de xubilación ou retiro pode ser común ou extraordinaria. A diferenza estriba no feito causante, pois son pensións extraordinarias as que derivan dun accidente ou enfermidade en acto de servizo ou como consecuencia deste (art. 47 RDL 670/1987).

I. Pensión de xubilación ordinaria

A xubilación ou retiro no réxime de clases pasivas prodúcese por causas diversas (art. 28.2 RDL 670/1987):

Carácter forzoso por cumprimento da idade legal correspondente, fixada en 65 anos con carácter xeral, aínda que é posible prolongar a situación de activo ata os 70 anos en determinados casos, ou ata a idade que fixe a regulación específica do corpo ou escala correspondente. Se no momento de alcanzar esa idade o funcionario tivese máis de doce

anos de servizos efectivos, pero menos de quince, poderá solicitar prórroga e concederáselle, se está apto, para continuar prestando servizos ata completar o período de carencia.

Carácter voluntario por instancia de parte, sempre que se cumprisen os sesenta anos e se acrediten trinta de servizos efectivos ao Estado, ou ben cando unha disposición legal o permita.

A partir do 1 de xaneiro de 2011, exíxese que os últimos 5 anos computables estean cubertos neste réxime se, para acreditar os 30 anos, se compatibilizaron períodos causados noutros réximes.

Por incapacidade permanente para o servizo ou inutilidade. Non son de aplicación ao sistema de clases pasivas as modalidades de xubilación parcial e xubilación flexible reguladas nos RD 1131/2002 e 1132/2002. Tampouco se aplica o réxime xurídico da xubilación anticipada contido no art. 161.bis LXSS e no RD 1132/2002 (DA primeira RD 1132/2002).

O período de carencia para xerar a pensión é de 15 anos de servizos efectivos ao Estado (art. 29 RDL 670/1987). Enténdense como servizos efectivos ao Estado (art. 32 RDL 670/1987):

- 1.** Os prestados en situación de servizo activo nalgún corpo, escala, praza, emprego ou categoría.
- 2.** Os prestados en situación de servizos especiais e nas extinguidas de excedencia especial ou supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa e nas situacións militares que resulten legalmente asimilables a todas estas.
- 3.** Os recoñecidos conforme a Lei 70/1978, do 26 de decembro, sempre que non se computasen noutro réxime de Seguridade Social ou entidade substitutoria, incluída a MUNPAL.
- 4.** Os recoñecidos ao abeiro da lexislación de indulto e amnistía por delitos ou faltas cometidas por causa da Guerra Civil.
- 5.** Os anos a cotizar a calquera réxime público de Seguridade Social ou entidade substitutoria, incluída a MUNPAL, se a prestación laboral que dese orixe a estes non foi

simultánea á de servizos ao Estado. As pensións que eventualmente se xerasen noutro réxime polos ditos períodos serían incompatibles coa pensión de xubilación en clases pasivas.

6. Cun máximo de tres, os cotizados en prácticas ou como alumno das academias e escolas militares a partir da súa promoción a cabaleiro alférez cadete, alférez-alumno, sarxento-alumno ou gardamariña.

7. Os recoñecidos por servizos ou cotizacións noutro país cando así resulte dunha norma internacional.

En caso de xubilación por incapacidade permanente, compútanse como servizos efectivos os anos que lle falten ao incapacitado para alcanzar a idade de xubilación ou retiro forzoso (art. 32.4 RDL 670/1987).

O haber regulador —equivalente á base reguladora— fíxase anualmente na Lei de orzamentos xerais do Estado, polo que non garda unha estrita coincidencia coa retribución do funcionario (art. 30 RDL 670/1987).

A pensión mensual obtense dividindo por catorce a pensión anual (art. 31.5 RDL 670/1987).

Como regra xeral, a pensión de xubilación é incompatible co desempeño dun posto de traballo no sector público e, a partir do 1 de xaneiro de 2009, co exercicio dunha actividade por conta propia ou allea que dea lugar á inclusión do titular en calquera réxime público da Seguridade Social. Non obstante, nos supostos en que a xubilación ou retiro sexa de carácter forzoso por cumprir a idade legalmente sinalada, será compatible co exercicio dunha actividade por conta propia ou allea que dea lugar á inclusión do seu titular en calquera réxime da Seguridade Social, nos termos regulados no art. 33.2 do RDL 680/1987), é dicir: a) a idade de acceso á pensión de xubilación ou retiro debe ser, polo menos, a establecida como idade de xubilación forzosa para o correspondente colectivo de funcionarios públicos; b) a porcentaxe aplicable para os efectos de determinar a contía da pensión debe ser do cen por cento. As pensións de xubilación ou retiro son plenamente compatibles coas indemnizacións que se poidan xerar por tal causa, o que provocaría a suspensión da percepción da pensión por meses completos ata o cesamento da actividade (art. 33 RDL 670/1987).

II. Pensión de xubilación extraordinaria

A pensión de xubilación extraordinaria non require período ningún de carencia (art. 48.1 RDL 670/1987).

Aplicanse as regras xerais da pensión de xubilación ordinaria por incapacidade permanente, polo que se toman en consideración os anos que falten para o cumprimento da idade de xubilación forzosa. Como especialidade, o haber regulador ou os haberes reguladores que correspondan tomaranse ao 200 por 100 (art. 49.1 RDL 670/1987). No caso de pensións extraordinarias por actos de terrorismo, a contía da pensión é do 200 por 100 do haber regulador (art. 49.3 RDL 670/1987), sempre que o funcionario afectado non sexa responsable do acto terrorista (art. 1 RD 851/1992).

De acordo co art. 49.4 RDL 670/1987, as pensións extraordinarias son incompatibles con indemnizacións, axudas ou subsidios con cargo ao orzamento de clases pasivas. As pensións extraordinarias tamén son incompatibles coas ordinarias derivadas do mesmo feito causante. As pensións orixinadas en acto de terrorismo son incompatibles coas extraordinarias que polos mesmos feitos puidesen corresponder (art. 50.1 RDL 670/1987).

A contía das pensións extraordinarias —tamén das ordinarias—, mesmo as do persoal dos Corpos de Mutilados de Guerra pola Patria, están suxeitas aos límites máximos impostos pola Lei de orzamentos, agás as derivadas de actos de terrorismo (art. 5 RD 1610/2005). A contía mínima das pensións extraordinarias por actos de terrorismo non poderá ser inferior á do dobre do salario mínimo interprofesional vixente en cada momento.

B) Prestacións por morte e supervivencia

a) Pensión de viuvez

- Pensión ordinaria

O feito causante é a morte ou declaración de falecemento por continxencias comúns dun suxeito comprendido no campo de aplicación, pero non a declaración de ausencia (art. 34 RDL 670/1987).

A pensión xérase sen necesidade de acreditar un período de carencia previo (art. 35

RDL 670/1987).

Teñen dereito á pensión de viuvez todos os que sexan cónxuxes lexítimos en proporción ao tempo vivido co causante (art. 38 RDL 670/1987). Tamén terá dereito á pensión de viuvez quen se atopase unido ao causante no momento de falecemento formando unha parella de feito e acredítase que os seus ingresos que houbo durante o ano natural anterior non alcanzaron o 50% dos propios e do causante no mesmo período. Esa porcentaxe será do 25% en caso de inexistencia de fillos comúns con dereito a pensión de orfandade. Considerarase parella de feito a constituída, con análoga relación de afectividade á conxugal polos que, non se atopando impedidos para contraeren matrimonio, non teñan vínculo matrimonial con outra persoa e acrediten mediante o correspondente certificado de empadramento, unha convivencia estable e notoria con carácter inmediato ao falecemento do causante e cunha duración ininterrompida non inferior a 5 anos.

A base reguladora da pensión de viuvez é a contía da pensión de xubilación ou retiro, real ou teórica, do falecido. Se o falecido estivese a percibir efectivamente esa pensión, ordinaria ou extraordinaria, a base reguladora da pensión de viuvez terá en conta tal pensión debidamente actualizada. Cando o falecido aínda non se xubilase ou retirase, calcúlase a pensión de xubilación ou retiro teórica que lle correspondese, conforme as regras xerais do art. 31 RDL 670/1987, asumindo que permanecería no mesmo corpo, escala, praza, emprego ou categoría desde o momento do seu falecemento ata o de xubilación ou retiro.

A contía da pensión de xubilación calcularase aplicando un 50 por 100 á base reguladora, agás que o falecido estivese a percibir unha pensión extraordinaria de xubilación, caso en que a porcentaxe que se aplica é do 25 por 100 (art. 39.3 RDL 670/1987).

O dereito a pensión extingúese por contraer novo matrimonio ou constituír unha nova parella de feito, sen prexuízo das excepcións regulamentariamente establecidas (art. 38.5 RDL 670/1987), salvo para os que contraesen matrimonio a partir do 1 de xaneiro de 2002 e estean en situación de debilidade económica nos termos do art. 1 RD 134/2002, do 1 de febreiro; por aparecer o causante (art. 34.3 RDL 670/1987); por falecemento do

beneficiario (art. 47.3 RDL 670/1987).

- Pensión extraordinaria

O feito causante é a morte ou declaración de falecemento do causante en acto de servizo ou como consecuencia deste (art. 47.3 RDL 670/1987).

Respecto á contía, débese calcular a pensión de xubilación teórica que lle correspondese ao falecido, computando os anos completos que faltasen para chegar á idade de xubilación, na ficción de que se prestaron servizos efectivos no corpo, escala, praza, emprego ou categoría a que estivese adscrito ao falecer. Como base reguladora tómase o 200 por 100 desa cantidade. O tipo será do 50 por 100 (art. 49.2 RDL 670/1987).

Nas pensións extraordinarias por actos de terrorismo, a contía ascende ao 200 por 100 da pensión de xubilación ou retiro que ordinariamente lle correspondese ao causante, sen suxeición aos límites da pensión máxima da Lei de orzamentos (art. 50.2 RDL 670/1987). De todo os xeitos, en caso de concorrencia con prestacións de orfandade, a pensión de viuvez límitase ao 50 por 100 desa cantidade, repartíndose a outra metade entre os fillos por partes iguais. O pensionista de viuvez ten dereito de acrecentamento e correspóndelle o 100 por 100 da pensión cando se extinga o dereito á pensión de orfandade de todos os seus beneficiarios (art. 49.3 RDL 670/1987).

A pensión de viuvez, o mesmo que calquera outra pensión extraordinaria do réxime de clases pasivas, é incompatible con calquera axuda, subsidio ou indemnización con cargo ao orzamento de clases pasivas (art. 49.4 RDL 670/1987). Tamén é incompatible a pensión extraordinaria cunha pensión ordinaria polo mesmo feito causante (art. 50.1 RDL 670/1987); e as xeradas por actos de terrorismo son incompatibles coas extraordinarias que puidesen corresponder.

b) Pensión de orfandade

- Pensión ordinaria

O feito causante coincide co da pensión de viuvez, e tampouco se exige período de carencia. Teñen dereito a esta prestación os fillos do causante menores de vinte e un anos ou incapacitados para todo traballo antes do cumprimento da dita idade ou da data do

falecemento do causante, que é o momento en que se causa a pensión. O límite de idade dos menores non discapacitados sitúase nos 22 anos para os orfos simples e en 24 para os orfos absolutos ou os que sufran unha discapacidade igual ou superior ao 33 por 100, cando non realicen traballo lucrativo por conta allea ou propia ou cando, realizándoo, obteñan uns ingresos inferiores ao SMI en cómputo anual. Mentres se perciban ingresos superiores ao límite, quedará en suspenso, por meses completos, o dereito á pensión de orfandade, podendo revisar de oficio a Administración a situación económica do beneficiario (art. 43.2, en relación co 33.5 e 5 RDL 670/1987). O orfo maior de vinte e un anos que quede incapacitado para todo traballo antes de cumprir os vinte e dous ou vinte e catro anos de idade, segundo corresponda, terá dereito á pensión de orfandade con carácter vitalicio (art. 41.1 e 2 RDL 670/1987).

A base reguladora é a mesma que para a pensión de viuvez. A contía calcúlase aplicando as seguintes porcentaxes (arts. 42.2 e 3 RDL 670/1987):

- Se hai un único beneficiario da pensión de orfandade e a pensión de xubilación ou retiro se cualificou como ordinaria, o 25 por 100.
- Se a pensión de orfandade deriva dunha pensión de xubilación ou retiro extraordinaria, o tipo aplicable, cando só hai un beneficiario da pensión de orfandade, é do 12,5 por 100.
- En caso de que existan varios fillos con dereito á pensión de orfandade, e a base reguladora se calcule sobre unha pensión de xubilación ou retiro ordinaria, o 10 por 100, incrementado coa suma que corresponda tras o rateo por cabeza dun 15 por 100 da base reguladora.
- Se hai varios beneficiarios da pensión de orfandade e a base reguladora se calculou sobre unha pensión de xubilación extraordinaria, a porcentaxe é do 5 por 100 e o incremento sitúase na parte que corresponda tras o rateo por cabeza dun 7,5 por 100 da base reguladora.

O mesmo que no réxime xeral, a suma das pensións de viuvez e orfandade non pode superar o 100 por 100 da base reguladora dunha pensión ordinaria de xubilación.

A percepción da pensión de orfandade será incompatible co desempeño dun posto

de traballo no sector público (art. 43.1 Real decreto legislativo 670/1987).

- Pensión extraordinaria

O feito causante é a morte ou declaración de falecemento do causante en acto de servizo ou como consecuencia deste (art. 47.3 RDL 670/1987).

Os requisitos para ser beneficiario son os mesmos que nas pensións ordinarias, salvo nas orixinadas por actos de terrorismo, nas que o límite de idade para os orfos simples non incapacitados para todo traballo se sitúa en 23 anos (art. 48.3 RDL 670/1987).

A contía da prestación calcúlase de igual forma que nas pensións extraordinarias de viuvez, polo que ascenderá ao 200 por 100 da pensión de xubilación teórica que lle correspondese ao falecido. Se hai un único beneficiario, terá dereito ao 25 por 100 desa cantidade. Se houbese varios, teñen dereito a un 10 por 100, e á pro rata do 15 por 100 desa cantidade (art. 49.2 RDL 670/1987).

En caso de pensións extraordinarias por actos de terrorismo, a contía das pensións de morte e supervivencia ascende ao 200 por 100 da pensión de xubilación ou retiro que ordinariamente lle correspondese ao causante, sen suxeición aos límites de pensión máxima da Lei de orzamentos (art. 50.2 RDL 670/1987). Se non hai pensionistas de viuvez, e só un orfo con dereito a pensión, corresponderalle na súa totalidade. Cando os beneficiarios de pensións de orfandade concorren cun pensionista de viuvez, este —ou estes se houbese pluralidade de beneficiarios— teñen dereito ao 50 por 100 desa cantidade, dividíndose por partes iguais a outra metade entre os beneficiarios da pensión de orfandade.

As incompatibilidades son comúns ás da pensión extraordinaria de viuvez (arts. 49.4 e 50 RDL 670/1987).

c) Pensións a favor dos pais

- Pensión ordinaria

Teñen dereito a esta pensión o pai e a nai do causante que dependan economicamente deste no momento do seu falecemento cando non exista cónxuxe con dereito a pensión de viuvez nin fillos con dereito a pensión de orfandade, ou ben cando

todos os beneficiarios dunha ou outra pensión perdan o dereito a ela (art. 44.1 RDL 670/1987).

Igual que nas pensións de viuvez e orfandade, a base reguladora está constituída pola pensión de xubilación ou retiro do falecido. A porcentaxe aplicable á base reguladora é do 15 por 100 se se calcula sobre unha pensión de xubilación ou retiro ordinaria, e do 7,5 se a pensión de xubilación ou retiro do falecido tiña carácter extraordinario (art. 45.1 e 2 RDL 670/1987). Non se xera dereito de acrecentamento.

- Pensión extraordinaria

Séguese as mesmas regras que nas pensións extraordinarias de viuvez e orfandade. Nas pensións orixinadas por actos de terrorismo, cando os pais cumpran os requisitos para seren beneficiarios— a dependencia económica non require unha dependencia absoluta do fillo (STS 28.2.1994)—, a contía dividírase a partes iguais entre os dous. Se a pensión dun dos beneficiarios se extingue, o outro ten dereito de acrecentamento (art. 49.3 RDL 670/1987).

IV.- O MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

Á parte do xa exposto nas epígrafes anteriores en que se trataba de parte do que se entende por mutualismo administrativo, quedan por expor outros dous réximes especiais de base mutualista.

A.- RÉXIME ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DA ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

A norma básica é a RDL 3/2000, do 23 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido das disposicións legais vixentes sobre o réxime especial da Seguridade Social do persoal ao servizo da Administración de Xustiza. Mentres non se aprobe unha norma específica de desenvolvemento, debe entenderse vixente o Real decreto 3283/1978, do 3 de novembro.

1.- Campo de aplicación

Queda comprendido no campo de aplicación do mutualismo xudicial o persoal ao servizo da Administración de Xustiza nos termos da Lei orgánica do poder xudicial (LOPX): (maxistrados, xuíces e fiscais de carreira, secretarios xudiciais [art. 42.2 RD 429/1998]), oficiais, auxiliares, axentes e médicos forenses, así como os funcionarios en prácticas ao

servizo da Administración de Xustiza (art. 2 RDL 3/2000).

2.- Xestión

Este réxime especial está xestionado pola Mutualidade Xeral Xudicial (MUXEXU), que é un organismo público, adscrito ao Ministerio de Xustiza, con personalidade xurídica pública diferenciada e patrimonio e tesouraría propios, así como autonomía de xestión. O seu réxime xurídico contense na Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado. A MUXEXU gozará do mesmo tratamento fiscal que o Estado e no RD 1206/2006, do 20 de outubro, regúlase a composición e funcións dos seus órganos de goberno, administración e representación.

3.- Actos de encadramento

Prevese a incorporación obrigatoria á MUXEXU dos funcionarios incluídos no campo de aplicación deste réxime especial que se atopen en situación de servizo activo ou en prácticas, excedencia forzosa, excedencia para o coidado de fillos, servizos especiais ou suspensión de funcións (art. 9.1 RDL 3/2000). A afiliación pode producirse de oficio ou por instancia de parte (arts. 29 e ss. RD 3283/1978).

Os xubilados mantéñense no campo de aplicación deste réxime especial, salvo que se produza renuncia expresa (art. 9.2 RDL 3/2000).

Pode manter a alta voluntaria na MUXEXU tras a perda da condición de funcionario ou en situación de excedencia voluntaria quen así o solicite e satisfaga ao seu cargo tanto as cotas como a achega do Estado (art. 9.3 RDL 3/2000).

4.- Cotización

A cotización segue as mesmas pautas que no réxime especial de funcionarios civís do Estado. A base de cotización será a que en cada momento se estableza como haber regulador para os efectos de cotización de dereitos pasivos. O tipo para 2011 é do 1,69 por 100 e a contía da achega do Estado ascenderá ao 4,65 por 100 dos haberes reguladores para os efectos de cotización de dereitos pasivos. Deste último tipo, o 4,64 correspóndelle á achega do Estado por activo e o 0,01 á achega por pensionista exento de cotización (art. 133 da Lei 39/2010).

A recadación efectúase mediante a oportuna retención no momento do pagamento.

Os mutualistas en situación de supernumerario, excedencia voluntaria, uso de licenza sen dereito a soldo, pensionistas e xubilados deben ingresar as cotas directamente dentro do mes seguinte ao devengo (arts. 44 e 45 RD 3283/1978).

5.- Acción protectora

Este réxime especial concede as seguintes prestacións (arts. 11 e 12 RDL 3/2000):

a) Asistencia sanitaria

Esta prestación prestarase “coa extensión e alcance determinado ou que se determine no réxime xeral da Seguridade Social” (art. 16 RDL 3/2000). A MUXEXU pode prestar asistencia sanitaria directamente ou mediante concerto (art. 17 RDL 3/2000). Os concertos adoitan renovarse anualmente; o actual publicouse por Resolución do 12 de xaneiro de 2010. Teñen dereito a esta prestación os mutualistas, xubilados e beneficiarios ante unha alteración da súa saúde, así como o cónxuxe supérstite e orfos de mutualistas activos ou xubilados, sempre que non teñan dereito por si mesmos a esa prestación noutro réxime do sistema (art. 15 RDL 3/2000).

b) Incapacidade temporal

O réxime xurídico desta prestación é moi similar ao da incapacidade temporal de funcionarios civís do Estado. Regúlase, con carácter xeral, nos arts. 18, 19 e 20 do RDL 2/2000.

No réxime especial de funcionarios da Administración de Xustiza atoparase en situación de incapacidade temporal o funcionario en activo que obteña a correspondente licenza por enfermidade ou accidente que impida o normal desempeño das súas funcións. A duración da primeira e sucesivas licenzas será a do tempo previsible para a curación e co máximo dun mes cada unha delas (art. 19 RDL 3/2000).

O prazo para considerar se se produciu recaída ou, pola contra, debe comezar unha nova situación de IT é dun ano (art. 19.2 RDL 3/2000). A duración e extinción da situación de incapacidade temporal serán as mesmas que as do réxime xeral da Seguridade Social (art. 20.4 RDL 3/2000). Se a enfermidade ou accidente provocan secuelas definitivas iniciárase o procedemento de xubilación por incapacidade permanente para o servizo (art. 19.3 RDL 3/2000). O dereito ao subsidio extínguese por transcurso do prazo máximo de

vinte e sete meses desde o inicio da IT.

Respecto aos dereitos económicos, e a diferenza do resto de réximes de funcionarios, no réxime especial de funcionarios da Administración de Xustiza consérvase a plenitude de dereitos económicos durante os primeiros seis meses do período de IT [(art. 20.I.A) RDL 3/2000].

A partir do sétimo mes, o funcionario ten dereito a percibir as retribucións básicas e, se é o caso, a prestación por fillo a cargo e un subsidio por incapacidade temporal a cargo da MUXEXU, cuxa contía, fixa e invariable mentres dure a incapacidade, será a maior das dúas cantidades seguintes (art. 20 RDL 3/2000):

1.^a: 80 por 100 das retribucións básicas (soldo e trienios) incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao primeiro mes de licenza.

2.^a: 75 por 100 das retribucións complementarias xeradas no primeiro mes de licenza.

A suma das cantidades non poderá exceder o importe das percepcións que o funcionario tivese no primeiro mes de licenza.

c) Risco durante o embarazo

Terá a mesma consideración e efectos que a IT mentres non se perciban haberes. Pola contra, non se asimilan a IT os permisos ou licenzas por parto, adopción e acollemento (arts. 20.3 e 20.4 RDL 3/2000). Respecto ao risco durante a lactación natural, resulta de aplicación supletoria o RD 295/2009 do 6 de marzo.

d) Incapacidade permanente

O art. 11 RDL 3/2000 establece que este réxime especial protexerá como continxencia a IP derivada de enfermidade, calquera que fose a súa causa, de accidente común ou en acto de servizo, ou como consecuencia del.

Entre as prestacións, o art. 12, apartado c) desa mesma norma menciona as prestacións recuperadoras en caso de incapacidade total, absoluta e grande invalidez, e económicas para a retribución do persoal encargado da asistencia do grande inválido, mentres que o apartado d) alude ás indemnizacións por lesión, mutilación ou deformidade, de carácter definitivo non invalidante, orixinada por enfermidade profesional ou en acto de

servizo ou como consecuencia del.

Non se produciu aínda o desenvolvemento regulamentario, polo que neste punto segue vixente o RD 3283/1978. A MUXEXU débelle aboar unha prestación complementaria por IP ao funcionario xubilado por incapacidade, que ascende á contía necesaria para alcanzar o 100 por 100 das retribucións básicas que, de continuar en activo, lle corresponderían. No caso da grande invalidez, engádese unha cantidade mensual equivalente ao 40 por 100 das retribucións básicas ordinarias percibidas no último mes en activo.

e) Protección á familia

O réxime xurídico das prestacións de protección á familia (fillo a cargo, subsidio especial por parto múltiple e prestacións económicas por parto múltiple e nacemento ou adopción de fillo en supostos de familias numerosas monoparentais e nos casos de nais discapacitadas) remítese explicitamente ao réxime xeral.

B.- RÉXIME ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DAS FORZAS ARMADAS

A normativa básica deste réxime especial contense no Real decreto lexislativo 1/2000, do 9 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei sobre Seguridade Social das Forzas Armadas, e na súa norma de desenvolvemento, o RD 1726/2007, do 21 de decembro, polo que se aproba a Lexislación xeral da Seguridade Social das Forzas Armadas.

1.- Campo de aplicación

Quedan obrigatoriamente incluídos no campo de aplicación do réxime especial de Seguridade Social das Forzas Armadas, calquera que sexa a súa situación administrativa —incluído retiro ou xubilación—, agás no caso de suspensión de emprego e suspensión firme e nos casos de excedencia voluntaria en que o tempo de permanencia non sexa computable para os efectos de dereitos pasivos (art. 3 RDL 1/2000):

- a)** Os militares de carreira das Forzas Armadas.
- b)** Os militares de complemento, mentres manteñan a súa relación de servizos coas Forzas Armadas.
- c)** Os militares profesionais de tropa e mariñeiría, mentres manteñan a súa relación

de servizos coas Forzas Armadas.

d) Os alumnos do ensino militar de formación.

e) Os militares de carreira da Garda Civil e os alumnos dos centros docentes de formación dese corpo.

f) Os funcionarios civís de corpos adscritos ao Ministerio de Defensa que non exerzan a opción de incorporarse ao réxime especial de Seguridade Social dos Funcionarios Civís do Estado (Leis 4/1990 e 39/1992 e RDL 4/2000), así como, se é o caso, os funcionarios en prácticas para o ingreso nos ditos corpos.

g) O persoal rexido polo Estatuto de persoal do Centro Superior de Información da Defensa.

2.- Xestión

A entidade xestora deste réxime especial é o Instituto Nacional das Forzas Armadas (ISFAS), organismo público adscrito ao Ministerio de Defensa con personalidade xurídica pública diferenciada, patrimonio e tesouraría propios, así como autonomía de xestión, nos mesmos termos que a MUFACE e a MUXEXU (arts. 4 e 5 RDL 1/2000 e arts. 7 e ss. RD 2330/1978).

3.- Actos de encadramento

A afiliación e a alta resultan obrigatorias para todos os incluídos no campo de aplicación deste réxime especial (art. 6 RDL 1/2000), agás para os retirados ou xubilados que, por estaren incorporados a outro réxime de Seguridade Social, renunciem expresamente a este réxime especial (art. 33.3 RD 2330/1978). A incorporación a este réxime especial pódese producir de oficio ou por instancia de parte, e é posible manter facultativamente a alta en certos casos se o interesado asume o pagamento da cota e da achega do Estado (arts. 34 e 35 RD 2330/1978).

4.- Cotización

O deber de cotizar xorde para todos os comprendidos no campo de aplicación deste réxime especial. Non obstante, están exentos os que estean a gozar dunha excedencia por coidado de fillos ou familiares, e os alumnos do ensino militar de formación mentres non perciban retribucións correspondentes a un dos grupos de clasificación (art. 7.1 RDL

1/2000). Tampouco teñen deber de cotizar os xubilados (art. 7.5 RDL 1/2000).

Como base de cotización, toma o haber regulador en materia de dereitos pasivos, agás para os alumnos que perciban retribucións referidas a un grupo de clasificación, cuxa base de cotización se fixará en atención ao haber regulador que lle corresponda ao seu grupo de clasificación (art. 7.2 RDL 1/2000).

As cotas deduciranse das nóminas; se iso non fose posible, o ingreso debe ser efectuado directamente polo interesado. As cotas dos retirados, xubilados e pensionistas, que teñen obriga de cotizar neste réxime especial deduciranse das nóminas dos seus haberes pasivos (art. 39 RD 2330/1978).

5.- Acción protectora

Este réxime especial concede as seguintes prestacións (arts. 8 e 9 RDL 1/2000):

a) Asistencia sanitaria

A extensión e contido da asistencia sanitaria neste réxime especial coincide coa do réxime xeral e resultan frecuentes as remisións expresas a este. O ISFAS subscribiu Concerto co Instituto Nacional da Seguridade Social e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social, con data do 30 de decembro de 1986, en réxime de prórrogas anuais sucesivas, para que os afiliados e demais beneficiarios do réxime especial da Seguridade Social das Forzas Armadas poidan optar por recibir a prestación de asistencia sanitaria polos servizos da Sanidade Militar, ou ben a través da Rede Sanitaria da Seguridade Social, conforme as condicións vixentes para o réxime xeral. Tamén poden optar por adscribirse a unha entidade de seguro coa que o ISFAS subscriba un concerto con esa finalidade.

b) Incapacidade temporal

A protección por esta continxencia límitase aos funcionarios civís comprendidos neste réxime especial [art. 9.b) RDL 1/2000]. Os militares teñen recoñecidos plenos dereitos económicos durante esta situación.

O concepto de incapacidade temporal e o réxime xurídico da súa duración e extinción coinciden cos previstos para o réxime especial de funcionarios civís do Estado e para o réxime especial de funcionarios da Administración de Xustiza (arts. 17 e ss. RDL 1/2000). Non obstante, os funcionarios civís incluídos no mutualismo militar poden

permanecer en situación de IT trinta meses.

A contía do subsidio determínase de igual forma que no réxime especial de funcionarios civís do estado, polo que durante os tres primeiros meses o funcionario ten dereito á plenitude de dereitos económicos; posteriormente, terá dereito ás retribucións básicas, a prestación por fillo a cargo, se é o caso, e a un subsidio por incapacidade temporal a cargo do ISFAS, cuxa contía, fixa e invariable mentres dure a incapacidade, será a maior das dúas cantidades seguintes:

1.^a: 80 por 100 das retribucións básicas (soldo, trienios e grao, se é o caso), incrementadas na sexta parte dunha paga extraordinaria, correspondentes ao primeiro mes de licenza.

2.^a: 75 por 100 das retribucións complementarias xeradas no primeiro mes de licenza.

c) Risco durante o embarazo e risco durante a lactación natural

Ten a mesma consideración e efectos que a incapacidade temporal (art. 22 RDL 4/2000). Non se asimilan a IT os permisos ou licenzas por parto, adopción e acollemento (art. 17.2 RDL 1/2000).

d) Incapacidade permanente

En caso de incapacidade permanente, este réxime especial concede unha específica prestación económica por "inutilidade para o servizo", ademais de prestacións recuperadoras e un complemento á pensión en caso de grande invalidez.

A prestación económica por inutilidade para o servizo, que ten natureza de pensión pública (art. 23.4 RDL 1/2000), constitúe unha pensión complementaria para o persoal militar profesional e da Garda Civil e para os funcionarios civís incluídos neste réxime especial que sufran unha continxencia que os imposibilite de forma absoluta e permanente para todo traballo, oficio ou profesión (art. 22.1 RDL 1/2000).

Soamente poderán causar esta pensión os que se atopen en situación de servizo activo ou servizos especiais, así como na situación de reserva, mentres se respecte o destino asignado polo Ministerio de Defensa ou do Interior, segundo proceda, de acordo coas previsións da lexislación reguladora do réxime do persoal das Forzas Armadas ou do

régime do persoal do Corpo da Garda Civil (art. 22.6 RDL 1/2000).

Os que se xubilen por lesións que non alcancen entidade suficiente para dar lugar á inutilidade no servizo ou á grande invalidez poderán revisar o grao de incapacidade no prazo de tres anos contados a partir da data da declaración de retiro ou xubilación, sempre que non alcancen a idade para o retiro ou xubilación forzosa (art. 22.4 do RDL 1/2000).

Respecto á contía da pensión de inutilidade para o servizo, que non se revaloriza salvo previsión legal expresa (art. 23.3 RDL 1/2000), ascende ao 100 por 100 do haber regulador anual que sirva de base para o cálculo da pensión de xubilación ou retiro no réxime de clases pasivas, mesmo cando esta se determinase polo 200 por 100 de dito haber regulador por ter a súa causa en acto de servizo. A contía mínima da pensión, que se aboa por meses vencidos e en doce mensualidades, será o 7 por 100 do haber regulador ao 100 por 100, sen que poida superar o límite fixado anualmente para as pensións públicas (art. 23.1 RDL 1/2000). A suma da pensión de xubilación e do complemento por inutilidade para o servizo non pode superar a contía da pensión máxima (art. 23.5 RDL 1/2000).

Polo que se refire á grande invalidez, cómpre causar previamente a pensión de inutilidade para o servizo, e ademais necesitar a asistencia doutra persoa para a realización dos actos máis esenciais da vida diaria, tales como vestirse, desprazarse, comer ou análogos (art. 22.2 RDL 1/2000). O complemento por grande invalidez, que non ten a condición de pensión pública (art. 23.4 RDL 1/2000), ascende ao 50 por 100 da pensión de retiro ou xubilación de clases pasivas, co límite do 50 por 100 da pensión máxima que estaba fixada no momento do recoñecemento da pensión de xubilación.

e) Protección á familia

Con remisión expresa ao réxime xeral, este réxime especial prevé prestacións por fillo a cargo e o subsidio especial de maternidade por parto múltiple durante as seis semanas de descanso obrigatorio posteriores ao parto (art. 24 RDL 1/2000).

BIBLIOGRAFÍA

-PARADA, Ramón: *Derecho del Empleo Público*. Ed. Marcial Pons.

- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL. 2010. Ed. Francis Lefebvre.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Sistema Administrativo*. Vol. II . Ed. La ley.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Edición revisada.
- RODRIGUEZ CARDO, Iván Antonio: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*. Colección Monografías Aranzadi.
- CORRAL VILLALBA, Juan: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*. 2006. Ed. Thompson-Cívitas.
- SUÁREZ CORUJO, Borja: *La protección social en el Estado de las autonomías*. 2006. Ed. Iustel.

FERNANDO FRANCIA SOMALO

TEMA REVISADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**.

LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA.

TEMA 35

DELITOS CONTRA A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DELITOS COMETIDOS POLOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

TEMA 35. DELITOS CONTRA A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DELITOS COMETIDOS POLOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA AS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

1. Os principios penais

O estudo dos preceptos penais presupón comprender os principios que rexen este sector do ordenamento.

Os principios do dereito penal proceden da doutrina emanada desde a Ilustración europea na procura dos límites e as garantías do cidadán fronte a unhas normas que poden implicar a perda da liberdade. A súa formulación adaptouse aos distintos sistemas políticos en que o dereito punitivo atopou a súa aplicación e na actualidade encóntranse constitucionalizados a través de dereitos susceptibles de protección mediante recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. En resumo, estes principios son os seguintes:

1.1. O principio de legalidade penal

Resulta necesaria unha previa definición legal dunha conduta como ilícita para poder facer posible a actuación do sistema sancionador, e debe afectar tamén á configuración da pena, as condicións do seu cumprimento e os medios procedementais a través dos cales a pena é imposta e cumprida. Postas así as cousas, o artigo 25.1 da Constitución prescribe que ninguén poderá ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que, no momento de se produciren, non constitúan delito, falta ou infracción administrativa, segundo a lexislación vixente naquel momento.

1.1.1. Garantía legal

Así, e remarcando a letra constitucional, o artigo 10 do Código penal define delitos e faltas como as accións e omisións dolosas ou imprudentes penadas pola lei, facéndose precisa unha norma con rango legal como requisito ineludible para alcanzar unha condena. Conforme o artigo 149.1. 6ª da Constitución, a lei debe estar producida polo Estado, quedando excluídas as comunidades autónomas como competentes para a súa aprobación.

1.1.2. Garantía penal

Cómpre ter en conta a previa definición legal da pena a impor, de maneira que,

segundo a dicción do artigo 2.1 do Código penal, non será castigado ningún delito nin falta con pena que non se encontre prevista pola lei anterior á súa perpetración. O Tribunal Constitucional (Ss. 160/1986, 140/1987) concluíu que a lei debe ser orgánica se se conmina unha pena privativa de liberdade.

1.1.3. Garantía de execución penal

A execución da pena debe producirse conforme a lei. Así, o artigo 3.2 do Código penal indica que non se poderá executar pena nin medida de seguridade noutra forma que a prescrita pola lei e regulamentos que a desenvolvan, nin con outras circunstancias ou accidentes que os expresados no seu texto.

1.1.4. Garantía procesual

Supón que a imposición dunha condena por delito debe ser producida pola xurisdición ordinaria a través do procedemento legalmente establecido, en cumprimento dos artigos 1 da Lei de axuizamento criminal, ao teor do cal, non se imporá pena ningunha por consecuencia de actos punibles cuxa represión lle incumba á xurisdición ordinaria, senón de conformidade coas disposicións do Código penal ou as leis especiais e en virtude de sentenza ditada por xuíz competente; e o 3.1 do Código penal, que prescribe que non se poderá executar pena nin medida de seguridade a non ser que haxa sentenza firme.

1.1.5. Irretroactividade das leis penais e restritivas de dereitos

O principio consagrado polo artigo 9.3 da Constitución é a irretroactividade das normas sancionadoras e ten o seu reflexo no artigo 2 do Código penal, que establece que non será castigado ningún delito nin falta con pena que non se atope prevista por lei anterior á súa perpetración, carecendo de efecto retroactivo as leis que establezan medidas de seguridade. No seu número segundo, o precepto engade que, non obstante, terán efecto retroactivo aquelas leis penais que favorezan o reo, aínda que ao entrar en vigor se ditase sentenza firme e o suxeito estivese a cumprir condena. Para o caso de dúbida sobre a determinación da lei máis favorable, será oído o reo. Os feitos cometidos baixo a vixencia dunha lei temporal serán xulgados, non obstante, conforme ela, agás que se dispoña expresamente o contrario.

1.2. O principio de intervención mínima en dereito penal

O principio de intervención mínima consiste na determinación do límite ao que se deben ater as leis penais en canto aos conceptos que castiga. Conforme a dicción deste principio, a lei penal unicamente poderá castigar os supostos que se consideren máis prexudiciais para a sociedade, de maneira que produza unha inxerencia o máis reducida posible e na medida da súa gravidade. O seu fundamento buscouse na propia Carta Magna, en concreto nos seus artigos 1, 15, 17 e 55.2, pero a súa máis concreta incidencia atópase no artigo 10.2 da Constitución en relación co artigo 18 do Convenio de Roma para a protección dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas, de 1950. Postas así as cousas, o principio incide en dous conceptos: a cominación penal e a proporción das penas conminadas (Ss. TC 161/1997, 136/1999, 99/2000, 24/2004). Polo que se refire á cominación, as Cortes Xerais deberán considerar o principio que se expón no exercicio da súa función lexislativa excluindo da lei penal aquelas condutas que obxectivamente non son graves. Polo que respecta á incidencia na pena, a propia Constitución establece dúas clases de límites para a facultade de penar. Unha primeira clase consiste en límites extrínsecos baseados na colisión con outros dereitos fundamentais (arts. 15 e 25 CE). A outra clase de límites son os intrínsecos: as Cortes Xerais son libres para determinar a pena conminada para cada conduta típica, sempre que as penas sexan proporcionadas.

1.3. O principio de culpabilidade

Pódese definir como o reproche persoal que se efectúa na lei pola realización dunha conduta sancionada pola lei penal. A positivización do principio vén establecida no artigo 10 do Código penal ao dicir que son delitos ou faltas as accións dolosas ou imprudentes penadas pola lei. Como complemento, o artigo 5 engade que non hai pena sen dolo nin culpa. O mesmo que os principios anteriores, o principio de culpabilidade ten un alcance constitucional integrado no artigo 25 da Constitución (S. TC 59/2008). O fundamento do principio é a capacidade de autodeterminación do suxeito activo do delito, de maneira que o suxeito será irresponsable criminalmente dos seus actos se as súas capacidades de entender o mundo exterior e determinar os seus actos se atopan anuladas (20.1 a 3 do Código penal).

1.4. *Non bis in idem*

As penas previstas neste título son compatibles coas sancións disciplinarias que a Administración poida impor, sen que iso supoña quebranto do principio *non bis in idem*.

2. A autoría nos delitos cometidos por funcionarios públicos

De acordo co artigo 24 CP:

1. Para os efectos penais, considerarase autoridade o que por si só ou como membro dalgunha corporación, tribunal ou órgano colexiado teña mando ou exerza xurisdición propia. En todo caso, terán a consideración de autoridade os membros do Congreso dos Deputados, do Senado, das asembleas lexislativas das comunidades autónomas e do Parlamento Europeo. Tamén serán considerados autoridade os funcionarios do Ministerio Fiscal.

2. Considerarase funcionario público todo o que por disposición inmediata da lei ou por elección ou por nomeamento de autoridade competente participe no exercicio de funcións públicas.

Daquela, enténdese por funcionarios as persoas que participen das funcións públicas sexa cal sexa o réxime administrativo ou laboral de vinculación coa Administración.

Tanto poden levar a cabo a acción delituosa os titulares dun órgano unipersoal como os membros dun órgano colexiado. Neste sentido, o art. 27.4 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común establece que, cando os membros do órgano voten en contra ou se absteñan, quedarán exentos da responsabilidade que, se é o caso, poida derivar dos acordos. Por último, admítase a participación como *extraneus* do partícipe en concepto de indutor, cooperador necesario ou cómplice.

Por último, cando o autor é un particular, como acaece en distintos supostos, e o fai por conta ou en beneficio dunha persoa xurídica, responderá esta en unión coa persoa física en aplicación do artigo 31 bis CP.

Ademais da pena de prisión, o CP castiga estas figuras coas penas establecidas nos arts. 41 e 42:

- A pena de inhabilitación absoluta produce a privación definitiva de todas as honras, empregos e cargos públicos que teña o penado, aínda que sexan electivos. Produce, ademais, a incapacidade para obter estes ou calquera outras honras, cargos ou empregos públicos, e a de ser elixido para cargo público, durante o tempo da condena.

- A pena de inhabilitación especial para emprego ou cargo público produce a privación definitiva do emprego ou cargo sobre o que recaese, aínda que sexa electivo, e das honras que lle sexan anexas. Produce, ademais, a incapacidade para obter este ou outros análogos durante o tempo da condena. Na sentenza deberanse especificar os empregos, cargos e honras sobre as que recae a inhabilitación.

- A suspensión de emprego ou cargo público priva o penado do seu exercicio durante o tempo da condena.

3. Delitos contra a Administración pública

O Código penal de 1995 individualizou a Administración pública como obxecto de protección das normas penais, sancionando condutas que lesionan de forma grave os seus principios organizativos ou a eficacia da súa actuación. Non nos proporciona o Código penal unha definición ou concepto de Administración pública, pero debemos entender que se está a referir á Administración xeral do Estado, administracións das comunidades autónomas, a Administración local e as entidades de dereito público con personalidade propia. Coa tipificación destes delitos preténdese avalar o correcto funcionamento da súa infraestrutura organizativa, sancionando as condutas das autoridades, funcionarios e particulares que vician a súa eficacia ou o cumprimento dos fins que ten asignados.

O Código penal dedica a esta materia o título XIX do libro II do Código penal, e clasifícanse en especiais propios e impropios, en atención a que se trate de condutas necesariamente realizadas por funcionarios públicos, ou doutras, en que tal condición se ten en conta para tipificar condutas que en si serían delituosas e nas que, sen esta previsión expresa, se castigaría un delito común.

O ben xurídico protexido é o recto e normal funcionamento da Administración pública con suxeición ao sistema de valores instaurado nos arts. 103 e 106 da Constitución.

Os delitos cometidos por funcionarios son esencialmente dolosos e castíganse, en relación coas autoridades e funcionarios públicos, coas penas de inhabilitación especial para as funcións públicas e nalgúns supostos coa acumulativa de multa.

4. O delito de prevaricación

De acordo co artigo 404 CP, castígase:

A autoridade ou funcionario público que, a sabendas da súa inxustiza, ditase unha resolución arbitraria nun asunto administrativo será castigado coa pena de inhabilitación especial para emprego ou cargo público. Para o Tribunal Supremo prevaricar é obrar de xeito arbitrario nun contexto público de actuación preceptivamente delimitado.

Ademais deste suposto, o mesmo CP establece formas específicas de prevaricación nos supostos de actuacións urbanísticas (320), derrubamento de edificios singularmente protexidos (322) e os delitos ambientais (329).

A resolución adoptada debe referirse a un acto administrativo, concepto que supón unha declaración de vontade, de contido decisorio que afecte aos dereitos dos administrados e á colectividade en xeral, ben sexa de forma expresa ou tácita, escrita ou oral. Así, con independencia de cal sexa a forma que revista a resolución, o esencial é que posúa en si mesma un efecto executivo, isto é, que decida sobre o fondo do tema sometido a xuízo da Administración. Non poden integrar infracción os actos administrativos que non teñan contido decisorio, como os de mero trámite, os informes, consultas ou ditames.

4.1. Antixuridicidade

En calquera dos casos, debe tratarse dun acto materialmente antixurídico, aspecto que se desprende da redacción *a sabendas da súa inxustiza*, ***revela a existencia de que a conduta se realice concorrendo no suxeito activo o recoñecemento e a captación da falta absoluta de xustificación legal do contido da resolución ditada***. O delito de prevaricación doloso, ditar a sabendas da súa inxustiza unha resolución arbitraria en asunto administrativo, supón «a postergación polo autor da validez do dereito ou do seu amparo e, xa que logo, a vulneración do Estado de dereito, o que supón un grave afastamento do dereito. Na súa comprensión, a xurisprudencia desta sala

rexeitou concepcións subxectivas, baseadas no sentimento de xustiza ou inxustiza que teña o funcionario, e requiriu que o acto sexa obxectivamente inxusto. Integra a prevaricación cando «queda de manifesto a irracionalidade da resolución de que se trata», ou «cando a resolución vulnera abertamente a Constitución». A incompatibilidade radical co ordenamento, hoxe ancorada no dereito positivo (art. 9.3 da Constitución) significa como, sinalou a doutrina, que «estamos ante unha resolución caprichosa, irracional e absurda aínda que poida estar formalmente motivada». O lexislador exige que no autor do feito concorra un específico ánimo subxectivo, ditando a resolución a sabendas da súa inxustiza, con clara conciencia da súa arbitrariedade e inxustiza da resolución administrativa.

4.2. Comisión por omisión

O Pleno non xurisdiccional da Sala Segunda do Tribunal Supremo do 30 de xuño de 1997 admitiu a comisión por omisión do delito de prevaricación. A xurisprudencia partiu da consideración da prevaricación do artigo 404 como delito de mera actividade para castigar o suxeito que, coa súa omisión, manifesta un resultado típico a través dun equivalente á acción.

4.3. Outros comportamentos inxustos

Son as figuras castigadas nos artigos 405 e 406:

Artigo 405

A autoridade ou funcionario público que, no exercicio da súa competencia e a sabendas da súa ilegalidade, propuxese, nomease ou dese posesión para o exercicio dun determinado cargo público a calquera persoa sen que concorran os requisitos legalmente establecidos para iso, será castigado coas penas de multa e suspensión de emprego ou cargo público. Neste denominado delito de nomeamento ilegal repróchase a conduta do funcionario ou autoridade que, en exercicio das súas competencias, propón, nomea ou dá posesión para o exercicio dun determinado cargo público a unha persoa sen que concorran os requisitos legalmente establecidos para iso e a sabendas da súa ilegalidade.

Artigo 406

A mesma pena de multa imporáselle á persoa que acepte a proposta, nomeamento

ou toma de posesión mencionada no artigo anterior, sabendo que carece dos requisitos legalmente exixibles. Este delito de aceptación de proposta, nomeamento ou toma de posesión ilegais regúlase para reprochar a quen, sabendo que carece dos requisitos legais exixidos, cumpre os trámites formais que lle permitan acceder á función pública.

5. Abandono de destino e da omisión de deber de perseguir delitos

O capítulo II castiga a autoridade ou funcionario público con penas de prisión e inhabilitación polas seguintes condutas:

- O abandono do seu destino co propósito de non impedir ou non perseguir delitos. A conduta básica consiste en abandonar o funcionario ou autoridade o posto ou cargo público que ocupa, o cal se pode facer mediante unha acción específica, marchando do lugar do exercicio da función encomendada ou por omisión propia, non incorporándose á xornada laboral que lle corresponda.
- O abandono que teña por obxecto non executar as penas correspondentes aos delitos impostas pola autoridade xudicial competente.
- Deixar intencionadamente de promover a persecución dos delitos de que teña noticia ou dos seus responsables, faltando á obriga do seu cargo. É un delito de pura omisión que reprocha o incumprimento dunha función pública específica: a persecución dos delitos e os seus responsables. Só é aplicable aos funcionarios ou autoridades que teñen especificamente encomendado o cumprimento desta función.
- Promover, dirixir ou organizar o abandono colectivo e manifestamente ilegal dun servizo público. A infracción tipificada neste parágrafo é máis grave que a contida no segundo, porque neste se sanciona a responsabilidade orixinaria e última dos actos de promoción, dirección ou organización dunha actuación, funcional organizada e colectiva de abandono do servizo público.
- Tomar parte no abandono colectivo ou manifestamente ilegal dun servizo público esencial e con grave prexuízo deste ou da comunidade. A conduta aquí é menos relevante, porque consiste en tomar parte no abandono dun servizo público esencial, non polo tanto en calquera das actuacións descritas no parágrafo anterior.

En ambos os dous casos requírese como resultado da conduta que se produza un grave prexuízo ao servizo público esencial ou da comunidade.

Cómpre mencionar que determinadas formas de abandono se sancionan cando haxa perigo de rebelión ou sedición (483 e 549 CP).

6. Desobediencia e denegación de auxilio

O artigo 410 CP castiga as autoridades ou funcionarios públicos que se negaren abertamente a dar o debido cumprimento a resolucións xudiciais, decisións ou ordes da autoridade superior, ditadas dentro do ámbito da súa respectiva competencia e revestidas das formalidades legais.

A expresión "abertamente" identifícase coa negativa franca, clara, patente, indubidable, indisimulada, evidente e inequívoca, podendo existir nos casos de pasividade reiterada ou presentación de dificultades e trabas que no fondo demostran unha vontade rebelde. Pola súa banda, as resolucións xudiciais comprenden as providencias, autos e sentenzas; o concepto de orde, consecuencia dunha decisión, precísase que sexa lexítima e no ámbito das súas competencias. Non se enlaza ao delito a realización dun acto concreto, senón que abonda a omisión ou pasividade propia de quen se nega a executar unha orde lexítima ditada do marco da competencia do seu autor.

De acordo co propio precepto, non obstante, non incorrerán en responsabilidade criminal as autoridades ou funcionarios por non dar cumprimento a un mandato que constitúa unha infracción manifesta, clara e terminante dun precepto de lei ou de calquera outra disposición xeral.

O artigo 411 contén unha forma agravada dirixida á autoridade ou funcionario público que, tendo suspendido, por calquera motivo que non sexa o expresado no apartado segundo do artigo anterior, a execución das ordes dos seus superiores, as desobedece despois de que aqueles tivesen desaprobado a suspensión. Polo tanto, se o funcionario ou autoridade, reiterando a súa intención, procede de novo a desobedecer aquela orde ou decisión inicial, aplícase este tipo agravado.

7. Denegación de auxilio

Esta figura, castigada no artigo 412, tipifícase de forma dual, en función da distinta

orixe da solicitude de auxilio.

7.1. Ante requirimento dunha autoridade

Castígase o funcionario público, autoridade, xefe ou responsable dunha forza pública ou un axente da autoridade que, requirido por autoridade competente, non prestase o auxilio debido para a Administración de Xustiza ou outro servizo público. Neste sentido, diferénciase a penalidade en función ao carácter de autoridade ou de funcionario do suxeito activo do delito, agravándose as penas cando o requirido fose autoridade, xefe ou responsable dunha forza pública ou un axente da autoridade. Cómpre precisar que, para o caso de que o requirimento proceda dun superior xerárquico do requirido, se lle aplicaríase o delito de desobediencia mencionado con anterioridade.

7.2. Ante requirimento dun particular

Castígase a autoridade ou funcionario público que, requirido por un particular a prestar algún auxilio a que estea obrigado por razón do seu cargo para evitar un delito, se abstivese de prestalo. Neste suposto e para os efectos de penas, o Código penal distingue entre: a) delitos contra a vida das persoas; b) delitos contra a integridade, liberdade sexual, saúde ou liberdade das persoas, e c) calquera outro delito ou mal.

8. Infidelidade na custodia de documentos

O lexislador puido entender que este delito e o de violación de segredos constitúen dúas modalidades dunha conduta xenérica de deslealdade das autoridades e funcionarios públicos, respecto do obxecto da súa función, de carácter material no caso da infidelidade na custodia de documento e intelectual no de violación de segredos.

Conforme o artigo 26 CP, considérase documento todo soporte material que exprese ou incorpore datos, feitos ou narracións con eficacia probatoria ou calquera outro tipo de relevancia xurídica. O delito de infidelidade na custodia de documentos refírese aos supostos seguintes:

8.1. Desaparición de documentos

O artigo 413 castiga a autoridade ou funcionario público que, a sabendas, subtraese, destrúise, inutilízase ou ocúltase, total ou parcialmente, documentos cuxa custodia lle estea encomendada por razón do seu cargo. Polo tanto, o suxeito activo

cómpre que teña a «custodia funcional» do documento, non aplicándose, por exemplo, ao policía que presta servizo de noite para a custodia e seguridade. Por ocultar enténdese gardar, non entregar ou mesmo dilatar indefinida e sensiblemente a presenza do documento, impedindo que produza os fins a que corresponde. Para que a conduta integre o delito consumado, as catro accións descritas no tipo deben provocar a desaparición dun ou varios documentos, na súa integridade ou de forma parcial, dun expediente administrativo concreto suxeito á custodia do responsable, de aí que nos atopemos ante unha infracción de resultado.

8.2. Acceso a documentos

Os arts. 414 CP e 415 CP castigan:

- A autoridade ou funcionario público que, por razón do seu cargo, teña encomendada a custodia de documentos respecto dos que a autoridade competente restrinxise o acceso, e que, a sabendas, destrúa ou inutilice os medios postos para impedir ese acceso ou consinta a súa destrución ou inutilización.
- O particular que destrúise ou inutilizase os medios a que se refire o apartado anterior.
- A autoridade ou funcionario público non comprendido no suposto anterior que, a sabendas e sen a debida autorización, accedese ou permitise acceder a documentos secretos cuxa custodia lle estea confiada por razón do seu cargo.

A conduta típica pode ser activa, destruindo ou inutilizando, e pasiva, consentindo ou non activando a alarma; debe ter por obxecto medios dirixidos a protexer documentos que aquel deba custodiar por razón do seu cargo e que fosen obxecto dunha declaración expresa e formal de reserva por parte doutra autoridade.

Os supostos anteriores castíganse como consumados aínda que o particular non realizase o apoderamento ou destrución ou inutilización dos documentos.

O artigo 416 establece un suposto atenuado para os particulares encargados accidentalmente do despacho ou custodia de documentos, por comisión do Goberno ou das autoridades ou funcionarios públicos aos cales fosen confiados por razón do seu cargo, que incorran nas condutas descritas nestes.

9. Violación de segredos

O artigo 417 castiga a autoridade ou funcionario público que revelase segredos ou informacións dos que teña coñecemento por razón do seu oficio ou cargo e que non deban ser divulgados, agravándose a pena:

- Se da revelación resultase grave dano para a causa pública ou para terceiro.
- Se se tratase de segredos dun particular.

Por segredo enténdese aquel dato coñecido por moi poucas persoas e que, celosamente, se quere manter así, sen que necesariamente deba estar declarado como tal, existindo intención de mantelo nese réxime de exclusividade respecto do seu coñecemento por terceiros que non poderían descubri-lo doadamente por outras vías.

Pola súa banda, o art. 418 CP castiga o particular que aproveitase para si ou para un terceiro o segredo ou a información privilexiada que obtivese dun funcionario público ou autoridade, agravándose a pena se resultase grave dano para a causa pública ou para terceiro.

Neste caso, o obxecto alcanza, así mesmo, unha información privilexiada, que, conforme o art. 442 entende por tal toda información de carácter concreto que se teña exclusivamente por razón do oficio ou cargo público e que non fose notificada, publicada ou divulgada. A diferenza do segredo, a información privilexiada refírese a feitos ou circunstancias que si van ser publicados, notificados ou divulgados nun futuro, mesmo aínda que non o sexan no momento en que se abusa desta, por exemplo, o contido dun exame no marco dun proceso selectivo.

10. Suborno

O suborno é a acción de corromper as autoridades e funcionarios públicos mediante o pagamento dun prezo, sexa para procurar unha acción pola súa parte, para lograr a súa abstención nun acto debido ou en recompensa por un acto xa executado. O noso ordenamento xurídico castiga tanto o particular que suborna (suborno activo) como a autoridade ou funcionario público que o recibe (suborno pasivo). Unha e outra figura analízanse por separado. Precisa, xa que logo, de dous elementos persoais: a) Un funcionario ou autoridade que solicita ou acepta o suborno, e b) Un particular que recibe a

petición e paga ou non o solicitado ou ben propón o suborno.

10.1. Pasivo (desde a percepción do funcionario ou autoridade):

- Propio

De acordo cos artigos 419 a 422, castígase a autoridade ou funcionario público que, en proveito propio ou dun terceiro, recibise ou solicitase, por si ou por persoa interposta, dádiva, favor ou retribución de calquera clase ou aceptase ofrecemento ou promesa, diferenciándose para os efectos punitivos:

- Se é para realizar no exercicio do seu cargo un acto contrario aos deberes inherentes a este ou para non realizar ou atrasar inxustificadamente o que debese practicar, sen prexuízo da pena correspondente ao acto realizado, omitido ou atrasado en razón da retribución ou promesa, se fose constitutivo de delito.
- Se diríxese a realizar un acto propio do seu cargo.
- Se diríxese a recompensar as condutas anteriores.

- Impropio

Conforme o art. 422, castígase a autoridade ou funcionario público que, en proveito propio ou dun terceiro, admitise, por si ou por persoa interposta, dádiva ou regalo que lle fosen ofrecidos en consideración ao seu cargo ou función.

10.2. Activo

Comprende as seguintes condutas:

- Conforme o art. 424.1, castígase o particular que lle ofrecese ou entregase dádiva ou retribución de calquera outra clase a unha autoridade, funcionario público ou persoa que participe no exercicio da función pública para que este realice un acto contrario aos deberes inherentes ao seu cargo ou un acto propio do seu cargo, para que non realice ou atrase o que debese practicar, ou en consideración ao seu cargo ou función.
- De acordo co número 2 do mesmo precepto, cando un particular entregase a dádiva ou retribución atendendo a solicitude da autoridade, funcionario público ou

persoa que participe no exercicio da función pública, imporánselle as mesmas penas de prisión e multa que a eles lles correspondan.

- Se a actuación conseguida ou pretendida da autoridade ou funcionario tivese relación cun procedemento de contratación, de subvencións ou de poxas convocados polas administracións ou entes públicos, imporáselle ao particular e, se é o caso, á sociedade, asociación ou organización a que representase a pena de inhabilitación para obter subvencións e axudas públicas, para contratar con entes, organismos ou entidades que formen parte do sector público e para gozar de beneficios ou incentivos fiscais e da Seguridade Social.

Para o particular, o artigo 426 establece unha escusa absoluta ao establecer que queda exento de pena polo delito de suborno o particular que, accedendo ocasionalmente á solicitude de dádiva ou outra retribución realizada por autoridade ou funcionario público, denunciase o feito á autoridade que teña deber de proceder á súa indagación antes da apertura do procedemento, sempre que non transcorresen máis de dous meses desde a data dos feitos.

10.3. Aspectos comúns

Cómpre indicar que o Código penal inclúe para estes efectos entre os funcionarios públicos, os funcionarios da Unión Europea e os funcionarios doutros Estados membros da Unión Europea, aos que é de aplicación o artigo 427 CP. Así mesmo, incorpora un artigo 445 no que se castigan os particulares que corrompesen ou intentasen corromper funcionarios con motivo de transaccións internacionais nun precepto que, máis que protexer a integridade dos que exercen as súas funcións públicas, protexe a igualdade de concorrência entre os competidores nos mercados internacionais. En ambos os dous supostos delituosos castígase non só a persoa física, senón tamén a persoa xurídica nos termos establecidos no art. 31 bis CP.

Como norma xeral, cómpre sinalar que o delito se consuma en relación coa autoridade ou funcionario público co feito de aceptar ou solicitar a dádiva ou promesa e en relación co particular co mero ofrecemento, con independencia de se o acto pretendido ou realizado por parte da autoridade ou funcionario tivesen ou non efecto.

Por outro lado, o medio corruptor pode ser de calquera clase, de modo que non queda limitado a modos de pagamento ou diñeiro. Respecto do acto ou omisión, cómpre que forme parte das competencias legais ou regulamentarias inherentes á función pública, aínda que non integre as específicas competencias de actuación do funcionario ou autoridade afectado polo delito.

11. Tráfico de influencias

O lexislador quixo reprochar a utilización da Administración para a satisfacción de intereses particulares dos funcionarios ou autoridades e non para o servizo do interese xeral.

Baixo esta epígrafe, o CP engloba as seguintes condutas:

Artigo 428. O funcionario público ou autoridade que inflúe noutro funcionario público ou autoridade prevaléndose do exercicio das facultades do seu cargo ou de calquera outra situación derivada da súa relación persoal ou xerárquica con este ou con outro funcionario ou autoridade para conseguir unha resolución que lle poida xerar directa ou indirectamente un beneficio económico para si ou para un terceiro. É o denominado tráfico de influencias propio.

Artigo 429. O particular que inflúe nun funcionario público ou autoridade prevaléndose de calquera situación derivada da súa relación persoal con este ou con outro funcionario público ou autoridade para conseguir unha resolución que lle poida xerar directa ou indirectamente un beneficio económico para si ou para un terceiro; é o denominado tráfico de influencias impropio.

Artigo 430. Os que, ofrecéndose a realizar as condutas descritas nos artigos anteriores, solicitan de terceiros dádivas, presentes ou calquera outra remuneración, ou aceptan ofrecemento ou promesa. É o denominado ofrecemento de influencias.

Nestas tres modalidades repróchanse as condutas de funcionarios, autoridades e particulares que se dirixen a conseguir dunha autoridade ou funcionario unha resolución que reporte, directa ou indirectamente, un beneficio económico para quen realiza o delito ou para un terceiro. Son delitos de perigo porque non se exige para a súa consumación

que se obteña o beneficio perseguido en cada caso e iso sen prexuízo de que a obtención final dese beneficio económico provoque un incremento da pena a impor.

Nos distintos supostos, as penas agrávanse para o funcionario cando obtén a recompensa interesada. Por outro lado, cando, de acordo co establecido no artigo 31 bis CP, unha persoa xurídica sexa responsable dos delitos recollidos neste capítulo, imporánselle as penas correspondentes. Por último, as dádivas, presentes ou regalos caerán en comiso.

Para que a conduta sexa típica, non chega a mera influencia, senón que cómpre que se faga mediante un prevalemento da relación co funcionario. Por influír enténdese o acto de exercer un predominio ou forza moral no ánimo.

12. Malversación

É o acto de distraer ou apropiarse indebidamente de caudais ou efectos públicos que lles foron confiados en razón dun cargo. Requírese que os caudais ou efectos públicos estean lexitimamente a cargo do suxeito activo ou á súa disposición, é dicir que as autoridades ou funcionarios dos que se trate recibisen, por razón do seu cargo, fondos ou efectos e que con ánimo de lucro se apropiasen deles ou permitisen que un terceiro os subtraia e sempre coa vontade de non os restituír. Pode distinguirse do modo que segue:

12.1. Apoderamento

O art. 432 castiga a autoridade ou funcionario público que, con ánimo de lucro, subtraese ou consentise que un terceiro, con igual ánimo, subtraia os caudais ou efectos públicos que teña ao seu cargo por razón das súas funcións.

Por subtraer enténdese apropiación sen vontade de reintegro. Por ánimo de lucro, a intención de incorporar un obxecto ao seu patrimonio.

Sobre esta premisa establécense agravacións e atenuacións:

- Esta pena agrávase se a malversación revestise especial gravidade atendendo ao valor das cantidades subtraídas e ao dano ou entorpecemento producido ao servizo público ou cando as cousas malversadas tivesen sido declaradas de valor histórico ou artístico, ou se se tratase de efectos destinados a aliviar algunha calamidade pública.

- Pola contra, atenúase a subtracción cando non alcance a cantidade de 4.000 euros.

12.2. Distracción

O art. 433 castiga a autoridade ou funcionario público que destinase a usos alleos á función pública os caudais ou efectos postos ao seu cargo por razón das súas funcións. Se o culpable non reintegrase o importe do distraído dentro dos dez días seguintes ao da incoación do proceso, imporánselle as penas previstas para o apoderamento das mesmas indicadas con anterioridade. A diferenza do suposto precedente, no agora analizado o suxeito non ten a vontade de facerse dono dos caudais ou efectos.

12.3. Malversación impropia

Por último, o art. 435 castiga a autoridade ou funcionario público que, con ánimo de lucro propio ou alleo e con grave prexuízo para a causa pública, dese unha aplicación privada a bens mobles ou inmoables pertencentes a calquera administración ou entidade estatal, autonómica ou local ou organismos dependentes dalgunha delas.

12.4. Aspectos comúns

Por caudais ou efectos públicos enténdese non só o diñeiro, senón tamén aqueles outros bens mobles que teñan un valor económico e que pertencen á Administración pública, isto é, que fosen recibidas pola Administración con independencia do seu ingreso na arca correspondente. Polo que se refire á relación entre os caudais e o funcionario, é suficiente para os efectos penais que chegasen ao seu poder con ocasión da función concreta realizada.

As disposicións deste capítulo son extensivas:

1. Aos que se atopen encargados por calquera concepto de fondos, rendas ou efectos das administracións públicas.
2. Aos particulares legalmente designados como depositarios de caudais ou efectos públicos.
3. Aos administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertencen a particulares.

13. Fraudes e exaccións ilegais

O Código penal tamén reprocha as fraudes e exaccións ilegais, que son, en realidade defraudacións económicas cometidas coa Administración ou cos administrados por autoridades e funcionarios que abusan dos seus cargos.

O capítulo VIII do título XIX contén un conxunto de figuras de difícil conexión entre si. Xestión desleal. Artigo 436. A autoridade ou funcionario público que, intervindo por razón do seu cargo en calquera dos actos das modalidades de contratación pública ou en liquidacións de efectos ou haberes públicos, se concertase cos interesados ou usase calquera outro artificio para defraudar calquera ente público (defraudación a unha Administración na contratación pública ou nas liquidacións de efectos ou haberes propios).

Trátase dun delito de perigo respecto dos bens públicos con fundamento no quebranto dos deberes de lealdade propio dos que actúan vinculados coa Administración. Atopámonos ante un delito de actividade que non exige un quebranto efectivo dos bens administrativos, consumándose co acto de concerto ou acordo coa vocación defraudatoria, é dicir, dirixida a prexudicar efectivamente a Administración na que a autoridade ou o funcionario desenvolven os seus servizos.

O precepto castiga, así mesmo, o particular que se concertase coa autoridade ou funcionario público; imporáselle a mesma pena de prisión que a estes, así como a de inhabilitación para obter subvencións e axudas públicas, para contratar con entes, organismos ou entidades que formen parte do sector público e para gozar de beneficios ou incentivos fiscais e da Seguridade Social.

Artigo 437

A autoridade ou funcionario público que exixise, directa ou indirectamente, dereitos, tarifas por aranceis ou minutas que non sexan debidos ou en contía maior á legalmente sinalada (exacción ilegal). É un delito especial de mera actividade, no cal a conduta típica a constitúe a acción de reclamar o funcionario ou autoridade, por si ou por terceiro —que pode actuar de forma dolosa ou sen conciencia do delito, e a un ou varios administrados— unha percepción económica que non lles corresponda pagar, ben por inexistencia do concepto tarifado ou minutado ou da débeda reclamada ou unha contía excesiva á que lexitimamente corresponde,

conforme as normas de determinación de tarifas ou minutas aprobadas administrativamente e aplicables ao caso.

Artigo 438

A autoridade ou funcionario público que, abusando do seu cargo, cometese algún delito de estafa ou apropiación indebida, incorrerá nas penas respectivamente sinaladas a estes, na súa metade superior, e inhabilitación especial para emprego ou cargo público. Consiste na realización dunha estafa ou apropiación indebida, agravada polo feito de ser cometida por autoridade ou funcionario público abusando do seu cargo.

Son sempre delitos de comisión dolosa, sendo imposible a comisión de forma imprudente.

14. Negociacións e actividades prohibidas aos funcionarios públicos e abusos no exercicio da súa función

14.1. O aproveitamento da intervención en asuntos públicos

De acordo co artigo 439 do Código penal, a autoridade ou funcionario público que, debendo informar, por razón do seu cargo, en calquera clase de contrato, asunto, operación ou actividade, se aproveite de tal circunstancia para forzar ou facilitarse calquera forma de participación, directa ou por persoa interposta, en tales negocios ou actuacións, incorrerá na pena de multa de doce a vinte e catro meses e inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo dun a catro anos.

Así pois, os elementos fundamentais son:

- a) Que a dita autoridade ou funcionario deba informar en calquera clase de asuntos por razón do seu cargo.
- b) Que, cunha clara posta á disposición dos seus intereses particulares das vantaxes que lle concede a súa condición pública, aproveite tal circunstancia para "forzar ou facilitar calquera forma de participación", o que pon de manifesto unha clara instrumentalización do cargo público, de sorte que debe existir un claro prevalemento da súa condición pública para, en asunto público no que deba informar, obter un interese particular. Así pois, esta figura intégrase por un incumprimento de deberes de abstención por parte do funcionario ou autoridade

como materialización do deber de imparcialidade que se lle debe exixir tanto á Administración como aos funcionarios que actúan no seu nome, deber de imparcialidade que ten a súa consagración constitucional no art. 103. Estase en presenza dun delito dos chamados "de infracción de deber".

De acordo coa xurisprudencia, tan só o funcionario que debe intervenir é susceptible de encaixar no tipo penal, non sendo posible a súa comisión por parte doutros funcionarios relacionados coa contratación. Por outro lado, debe existir certa homoxeneidade entre a actividade privada desenvolvida e aquela outra que ten que desempeñar polo cargo público que se exerce, é dicir, que ambas as dúas actividades (a pública e a privada) sexan dunha mesma ou semellante clase, de modo que sexa posible un aproveitamento do cargo público en beneficio da dedicación privada.

En todo caso, compre indicar que esta figura penal non suple nin o deber de abstención establecido no artigo 28 da Lei 30/1992 nin a normativa en materia de compatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas.

Complementaria desta figura é a recollida polo artigo 441, que castiga a autoridade ou funcionario público que, fóra dos casos admitidos nas leis ou regulamentos, realízase, por si ou por persoa interposta, unha actividade profesional ou de asesoramento permanente ou accidental, baixo a dependencia ou ao servizo de entidades privadas ou de particulares, en asunto en que deba intervenir ou interviñese por razón do seu cargo, ou nos que se tramiten, informen ou resolvan na oficina ou centro directivo en que estivese destinado ou do que dependa. Esta infracción ten por finalidade criminalizar as formas máis graves de vulneración da normativa administrativa sobre incompatibilidades

14.2. O aproveitamento da información privilexiada

O artigo 442 do Código penal prevé o castigo da autoridade ou funcionario público que faga uso dun segredo do que teña coñecemento por razón do seu oficio ou cargo, ou dunha información privilexiada, con ánimo de obter un beneficio económico para si ou para un terceiro. Tan só poden ser suxeitos activos do delito os que posúan as calidades de funcionario público ou de autoridade e, ademais, accedesen lícitamente, en atención ás funcións dese cargo, á información ou ao segredo de cuxo coñecemento pretenden aproveitarse.

A acción típica do delito consiste en facer uso do segredo ou da información no propio beneficio. En definitiva, servirse, aproveitarse, valerse, explotar ou paralizar unha operación que estaba en marcha ou, simplemente, non iniciar a que tiña planificado realizar. A divulgación do segredo ou a información privilexiada a un terceiro será susceptible de castigo conforme o delito de revelación de segredos tipificado no artigo 417 do Código penal. En todos estes casos, o delito presentarase aínda que non exista ánimo de lucro.

Por último, o particular que se aproveita do coñecemento do segredo ou da información privilexiada facilitada incorrerá en responsabilidade penal en aplicación dos artigos 418 ou 285 do Código penal, segundo os casos.

14.3. Abusos no exercicio de funcións públicas

Finalmente, o artigo 443 castiga a autoridade ou funcionario público que solicítase sexualmente unha persoa que, para si mesma ou para o seu cónxuxe ou outra persoa coa que se atope ligado de forma estable por análoga relación de afectividade, ascendente, descendente, irmán, por natureza, por adopción, ou afín nos mesmos graos, teña pretensións pendentes da resolución daquel ou acerca das cales deba tramitar informe ou elevar consulta ao seu superior. Con iso, trátase de reprochar esta modalidade de coacción na que a solicitude sexual se sobreentende condicionante da pretensión que se atopa pendente de resolución, informe ou consulta por parte do responsable do feito.

Unha modalidade ou subtipo deste delito constitúeo a solicitude sexual por funcionario de institucións penitenciarias ou de centros de protección ou corrección de menores a unha persoa suxeita á súa garda ou de ascendente, descendente, irmán ou afíns nos mesmos graos da persoa que tivese baixo a súa garda.

OS DELITOS RELATIVOS AO EXERCICIO DOS DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS E CONTRA AS GARANTÍAS CONSTITUCIONAIS

Ademais dos supostos delituosos anteriores, o Código penal establece penas para as autoridades e funcionarios con ocasión do exercicio dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas e as garantías constitucionais. Trátase dun conxunto heteroxéneo no que se engloban as seguintes condutas.

1. Discriminación na denegación de prestacións

O primeiro suposto atopámolo no art. 511, que castiga os funcionarios públicos nos casos de:

- Denegarlle a unha persoa unha prestación á que teña dereito por razón da súa ideoloxía, relixión ou crenzas, a súa pertenza a unha etnia ou raza, a súa orixe nacional, o seu sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermidade ou minusvalía.
- Denegarlle unha prestación á que teña dereito a unha asociación, fundación, sociedade ou corporación ou contra os seus membros por razón da súa ideoloxía, relixión ou crenzas, a pertenza dos seus membros ou dalgún deles a unha etnia ou raza, a súa orixe nacional, o seu sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermidade ou minusvalía.

2. Delitos cometidos polos funcionarios públicos contra a liberdade individual

Aparecen regulados nos artigos 529 a 536, e neles sanciónanse as seguintes condutas:

1. Artigo 529: neste precepto sanciónase a actuación de xuíz ou maxistrado que lle entregase unha causa criminal a outra autoridade ou funcionario que de forma ilegal lla reclame. A expresión causa criminal resulta comprensiva de calquera fase procesual en que esta se atope, xa sexa instrución, xuízo ou execución.

Existe un tipo cualificado cando ten como contido adicional a entrega da persoa dun detido.

A pena a impor é a de inhabilitación.

2. Artigo 530: sanciónase a autoridade ou funcionario público que, mediando causa por delito, acordase, practicase ou prolongase calquera privación de liberdade dun detido, preso ou sentenciado, con violación dos prazos e demais garantías constitucionais ou legais. Só poden ser autores deste os suxeitos que teñan a condición de autoridade ou funcionario. O precepto é unha norma incompleta, pois a determinación das condutas prohibidas require acudir á Lei de axuízamento criminal que regula os presupostos e forma en que se debe practicar a detención. En canto á súa estrutura, a xurisprudencia declarou que a consumación do delito se produce no momento en que unha persoa queda privada

da súa liberdade.

A pena será a de inhabilitación.

3. Artigo 531: tipifícase como delito con parecida estrutura ao anterior decretar, practicar ou prolongar a incomunicación dun detido, preso ou sentenciado. O complemento desta normativa atopámolo na regulación contida sobre estas materias na Lei de axuizamento criminal e amplíase o campo da autoría destes delitos aos funcionarios penitenciarios que prolongasen a incomunicación máis alá do ordenado polo xuíz ou sen suxeición a garantías legais.

A pena a impor será a de inhabilitación.

4. O artigo 532 recolle un tipo atenuado de comisión; así, se os feitos recollidos nos artigos anteriores fosen cometidos con imprudencia grave, rebáixanse as penas a impor.

5 Artigo 533: sanciona o funcionario penitenciario ou de centros de protección ou corrección de menores en dous supostos: a) cando lles impuxese a reclusos ou internos sancións ou privacións indebidas, b) cando usase con eles un rigor innecesario. Só pode ser autor do delito quen posúa a condición de funcionario penitenciario ou funcionario de centros de protección ou corrección de menores. As privacións ou sancións deben ter un contido diferente aos descritos nos arts. 530 e 531.

3. Delitos cometidos polos funcionarios públicos contra a inviolabilidade domiciliar e demais garantías da intimidade

Os seguintes preceptos diríxense á tutela das garantías xurídico-constitucionais concernentes á intimidade, en particular á inviolabilidade do domicilio e á inviolabilidade da correspondencia ou outras comunicacións. Estas tres figuras delituosas presentan unha nota común: a violación de garantías constitucionais, concernentes ao ben xurídico da intimidade (art. 18 da Constitución).

1. Artigo 534. Considera diversas modalidades:

-1ª Alude á *entrada nun domicilio por parte de autoridade ou funcionario público*, mediando causa penal e sen respectar as garantías constitucionais ou legais ou ben sen o consentimento do seu morador. O concepto de domicilio foi interpretado de forma ampla pola xurisprudencia, proxectándoo a todo ámbito da intimidade persoal (cuartos ocupados

en hoteis, remolques ou automóbiles nos que se habite. Exíxese que a entrada en domicilio se leve a cabo con vulneración das garantías constitucionais ou legais, en especial a autorización xudicial previa.

-2ª A segunda modalidade é a do *registro de papeis, documentos ou efectos* que se atopen no seu domicilio por parte de funcionarios ou autoridade, a non ser que o dono prestase o seu consentimento. A conduta debe verificarse en vulneración das garantías constitucionais ou legais mediando unha causa de delito. Este precepto considera un subtipo cualificado para os casos en que non se lle devolvesen ao dono, despois do registro, os papeis, documentos ou efectos persoais rexistrados sen prexuízo da pena que puidese corresponderlle por apropiación ilegal.

-3ª A terceira modalidade consiste na conduta do funcionario público ou autoridade que, con ocasión dun lícito registro de papeis, documentos ou efectos dunha persoa, *profira vexación inxusta ou danos innecesarios nos seus bens*.

As penas deste delito nas súas diversas modalidades son inhabilitación e multa.

2. Artigo 535. Sanciónase a autoridade ou funcionario público que, mediando causa por delito, interceptase calquera clase de correspondencia privada, postal ou telegráfica con violación das garantías constitucionais ou legais. Agravarase a pena se divulgase ou revelase a información obtida. A conduta descrita non reclama a apertura da correspondencia privada, só se alude á súa detención ilegal por funcionario no seo dunha causa penal. A pena prevista é a de inhabilitación e, no caso de divulgación ou revelado, engádese a de multa.

3. Artigo 536. Considera, nunha estrutura case idéntica á anterior, a conduta de interceptación de telecomunicacións ou utilización de artificios técnicos de escoitas, transmisión, gravación ou reprodución do son, a imaxe ou calquera outro sinal de comunicación, por parte de autoridade, funcionario público ou axente destes. O tipo perfecciónase coa interceptación dolosa das telecomunicacións ou coa utilización dolosa dos artificios técnicos que describe o tipo, non exige unha efectiva toma de coñecemento por parte do funcionario, autoridade ou axente das conversacións ou mensaxes.

Contén un tipo agravado para o suposto de que se divulgase ou revelase a información obtida.

As penas son as mesmas que no caso anterior.

4. Delitos cometidos polos funcionarios públicos contra os dereitos individuais

4.1. Asistencia letrada

Artigo 537. Tipifícase como delito a conduta da autoridade ou funcionario público: a) que impida ou obstaculice o dereito da asistencia de avogado ao detido ou preso, b) ou ben a relativa a procurar ou favorecer a renuncia deste á dita asistencia, c) ou ben que non informe o detido ou preso de forma comprensible dos seus dereitos e das causas da súa detención.

A pena será de multa e inhabilitación.

4.2. Establecemento de censura previa

O art. 538 castiga a autoridade ou funcionario público que estableza a censura previa ou, fóra dos casos permitidos pola Constitución e as leis, recolla edicións de libros ou xornais ou suspenda a súa publicación ou a difusión de calquera emisión radiotelevisiva.

Tal como queda definido, o precepto castiga penalmente a prohibición de censura establecida polo art. 20 CE, que limita a posibilidade de acordar o secuestro de publicacións, gravacións e outros medios de información á autoridade xudicial.

4.3. Disolución ou suspensión de asociacións

Pola súa banda, o art. 439 sanciona a autoridade ou funcionario público que disolva ou suspenda nas súas actividades unha asociación legalmente constituída, sen resolución xudicial previa, ou que sen causa lexítima lle impida a celebración das súas sesións.

Debemos acudir ao art. 33 CE e á Lei 1/2001, de asociacións; á Lei orgánica 6/2002, de partidos políticos, e 11/1985, de liberdade sindical, para integrar os presupostos deste precepto.

4.4. Prohibición ou disolución de reunións

O dereito de reunión atópase constitucionalmente amparado no art. 21 CE. O art. 540 castiga a autoridade ou funcionario público que prohiba unha reunión pacífica ou que a disolva fóra dos casos expresamente permitidos polas leis.

4.5. Expropiación ilegal

O art. 541 establece o castigo para a expropiación ilegal ao sancionar a autoridade ou funcionario público que lle expropie a unha persoa os seus bens fóra dos casos permitidos e sen cumprir os requisitos legais. Deste xeito, os elementos deste delito son os seguintes:

- a) A condición de autoridade ou funcionario público da persoa que acorda a expropiación.
- b) A actividade expropiatoria abrangue toda clase de bens pertencentes a titulares distintos das entidades, públicas ou privadas, que pretenden pór en marcha o procedemento expropiatorio.
- c) Que a expropiación non soamente incumpra os requisitos legais, senón que careza de causa algunha xustificada de utilidade pública ou interese social, de conformidade co artigo 33 da Constitución.
- d) Ausencia de formalidades legais.
- e) Que a autoridade ou funcionario coñeza a ilegalidade da actuación que pretende iniciar, por constarlle que non concorren os requisitos que el pretendía acreditar na certificación tantas veces mencionada.

Polo tanto, estase a protexer o dereito de propiedade nos termos do art. 33 CE, que establece que ninguén poderá ser privado dos seus bens e dereitos se non é por causa xustificada de utilidade pública ou interese social, mediante a correspondente indemnización e de conformidade co disposto polas leis. Por outro lado, cómpre acudir á Lei de expropiación forzosa do 16 de decembro de 1954.

4.6. Delito contra os dereitos cívicos

Por último, o art. 542 establece a pena para a autoridade ou o funcionario público que, a sabendas, lle impida a unha persoa o exercicio doutros dereitos cívicos recoñecidos pola Constitución e as leis. O delito exige, xa que logo, que o axente sexa unha autoridade ou funcionario público; que a acción consista en impedir o exercicio dun dereito cívico recoñecido na Constitución ou nas leis, xa sexa mediante ameaza, engano, simple negativa ou calquera medio idóneo para tal fin; e que o axente obre «a sabendas», é dicir

con vontade de impedir o exercicio daqueles dereitos.

Por concepto de dereitos cívicos, a xurisprudencia comprendeu, entre outros supostos, a denegación completa de información dos documentos contravindo a Lei 30/1992. Isto é, existe delito cando se denega o acceso á información, pero non cando a información non se dá na forma pretendida polo cidadán; por exemplo, unha copia do expediente.

BIBLIOGRAFÍA

Morais Prats, Fermín; Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 2009.

Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2010.

Vives Antón, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2004.

ANTONIO ROMA VALDÉS

FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

TEMA REVISADO POR ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO

LETRADO HABILITADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 36

PERSOAL LABORAL. O CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DO PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 36. PERSOAL LABORAL. O CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DO PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA

1. PERSOAL LABORAL

A Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público (en diante, EBEP) define no seu artigo 8 os empregados públicos como aqueles que desempeñan funcións retribuídas nas administracións públicas ao servizo dos intereses xerais, e establece a súa clasificación en:

- a) Funcionarios de carreira.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Persoal laboral, xa sexa fixo, por tempo indefinido ou temporal.
- d) Persoal eventual.

O artigo 11 do EBEP:

1. É persoal laboral o que en virtude de contrato de traballo formalizado por escrito, en calquera das modalidades de contratación de persoal previstas na lexislación laboral, presta servizos retribuídos polas administracións públicas. En función da duración do contrato este poderá ser fixo, por tempo indefinido ou temporal.
2. As leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto establecerán os criterios para a determinación dos postos de traballo que poden ser desempeñados por persoal laboral, respectando en todo caso o establecido no artigo 9.2.

No ámbito autonómico, na Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia (DOG número 82, do 4 de maio de 2015), define o persoal laboral no seu **artigo 26** como aquel persoal que en virtude de contrato de traballo formalizado por escrito, en calquera das modalidades de contratación de persoal previstas na lexislación laboral, prestan servizos retribuídos nas administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei. En función do réxime de duración do contrato, este pode ser fixo, temporal ou indefinido. O persoal laboral ao servizo das administracións públicas incluídas no ámbito de aplicación da presente lei réxese, ademais de pola lexislación laboral e as normas convencionalmente aplicables, polos preceptos desta lei que así o dispoñan.

2. En ningún caso poden ser desempeñados por persoal laboral os postos de traballo que estean reservados a persoal funcionario en virtude do previsto no ordinal segundo do artigo 22 desta lei.

3. Poden ser desempeñados por persoal laboral:

- a) Os postos de natureza non permanente e aqueles cuxas actividades se dirixan a satisfacer necesidades de carácter periódico e discontinuo.
- b) Os postos cuxas actividades sexan propias de oficios.
- c) Os postos correspondentes a áreas de actividade que requiran coñecementos técnicos especializados cando non existan corpos ou escalas de persoal funcionario nos cales as persoas integrantes teñan a preparación específica necesaria para o seu desempeño.
- d) Os postos de carácter instrumental correspondentes ás áreas de mantemento e conservación de edificios, equipamentos e instalacións, e artes gráficas, así como os postos das áreas de expresión artística.

De acordo co artigo 7 do EBEP, o persoal laboral ao servizo das administracións públicas rexerase, ademais de pola lexislación laboral e polas demais normas convencionalmente aplicables, polos preceptos do estatuto que así o dispoñan.

Nos mesmos termos pronúnciase a Lei 2/2015, de emprego público de Galicia, ao establecer no seu artigo 9: *réxese, ademais de pola lexislación laboral e polas normas convencionalmente aplicables, polos preceptos desta lei que así o dispoñan.*"

2. O CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DO PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA.

O actual convenio colectivo único vixente, do persoal laboral da Xunta de Galicia, é o quinto da súa historia e foi inscrito no Rexistro Xeral de Convenios e publicado pola Resolución da Dirección Xeral de Relacións Laborais do 20.10.2008 (DOG nº 213, do 4 de novembro).

Sistemática:

Capítulo I: Ámbito do convenio.

Capítulo II: Órgano de vixilancia.

Capítulo III: Estabilidade no emprego e incompatibilidades.

Capítulo IV: Provisión de vacantes e acceso á condición de persoal laboral.

Capítulo V: Organización e dirección do traballo.

Capítulo VI: Xornada, horario de traballo, descanso e vacacións.

Capítulo VII: Licenzas e excedencias.

Capítulo VIII: Condicións económicas.

Capítulo IX: Beneficios sociais.

Capítulo X: Seguridade e hixiene.

Capítulo XI: Mobilidade.

Capítulo XII: Dereitos sindicais.

Capítulo XIII: Réxime disciplinario.

12 disposicións transitorias, 18 disposicións adicionais e 5 anexos, nos cales, entre outros aspectos, se establecen as retribucións básicas de cada grupo, os grupos e as categorías profesionais ou o catálogo de permisos e licenzas.

2.1. ÁMBITO DO CONVENIO (CAPÍTULO I)

Ámbito subxectivo:

Persoal incluído: aquel que, suxeito á lexislación laboral, preste os seus servizos baixo a dependencia da Xunta de Galicia e da dos seus organismos autónomos, así como o persoal laboral que con posterioridade á publicación do convenio pase a depender deles (artigos 1.1 e 1.2.).

Persoal expresamente excluído (artigo 1.3):

- Altos cargos contratados de acordo co artigo 21 do Estatuto dos traballadores e demais normas concordantes.
- Todas aquelas persoas físicas vinculadas coa Xunta de Galicia por contrato non laboral de prestación de servizos, sexa de natureza civil ou mercantil.
- O persoal experto docente de formación ocupacional, de escolas taller e de talleres de

emprego.

- Os artistas de espectáculos públicos do IGAEM.

Ámbito temporal e prórroga.

O artigo 2 do convenio dispón a súa entrada en vigor o día seguinte ao da súa publicación no DOG (4 de novembro de 2008), e establece que os efectos económicos terán efectos retroactivos ao 1 de xaneiro de 2008 e serán revisados anualmente de acordo co disposto na Lei de orzamentos para a Comunidade Autónoma de Galicia.

A súa vixencia rematará o 31 de decembro de 2009, aínda que se prevé unha prórroga automática se ao final dese prazo non se produce a denuncia escrita dunha das dúas partes dentro dos tres últimos meses de vixencia. En tal suposto, a comisión negociadora debería reunirse dentro dos vinte días seguintes ao denuncia e, mentres se negocie outro convenio, quedaría prorrogado o actual ata a aprobación do novo texto.

2.2. ÓRGANO DE VIXILANCIA (CAPÍTULO II)

O convenio crea no seu artigo 3 unha comisión paritaria de vixilancia, control e interpretación, que entenderá da súa aplicación.

Constitución: o mesmo artigo ordena que se constitúa no prazo dun mes contado desde o día seguinte ao da publicación do convenio e dispón a comunicación por escrito da relación de membros que a compoñen, ao secretario da comisión negociadora, no prazo de cinco días a partir da súa sinatura.

Composición: está formada por un número de representantes, tanto por parte dos traballadores como da Administración da Xunta de Galicia, equivalente ao número de consellerías existentes máis un.

Acordos: os acordos tomaranse por unanimidade, vincularán ambas as partes nos mesmos termos que o convenio e incorporaranse a este como anexo.

Competencias: correspóndenlle a este órgano entre outras funcións:

- a) A interpretación da totalidade do articulado ou cláusulas do convenio.
- b) A vixilancia do pactado.
- c) A facultade de conciliación previa naquelas cuestións que lle sexan sometidas de común

acordo polas partes.

d) Asegurar a non discriminación da muller, controlando a igualdade de trato, os posibles abusos, agresións de orde sexual, laborais, físicas ou psíquicas, tanto por parte dos compañeiros de traballo como por parte dos superiores.

e) Ser oída con anterioridade á publicación da oferta de emprego público.

2.3. ESTABILIDADE NO EMPREGO E INCOMPATIBILIDADES (CAPÍTULO III)

Principio de estabilidade no emprego:

O convenio recolle no seu artigo 4 o principio de estabilidade no emprego, de acordo co cal os contratos de traballo se entenderán pactados por tempo indefinido, coas excepcións legalmente establecidas.

Incompatibilidades:

O artigo 5 do convenio suxeita o persoal laboral da Xunta ao réxime de incompatibilidades de acordo coas normas estatais e autonómicas sobre a materia (Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas, e Real decreto 598/1985, do 30 de abril) e somete ao dito réxime a percepción dos complementos retributivos que se prevén no artigo 26.

2.4. PROVISIÓN DE VACANTES E ACCESO Á CONDICIÓ DE PERSOAL LABORAL (CAPÍTULO IV).

Relación de postos de traballo.

O artigo 6 dispón que son postos de traballo reservados ao persoal laboral os que así se determinen nas correspondentes relacións de postos de traballo.

No anexo II do convenio figuran as categorías do persoal laboral que integran cada grupo, así como as categorías análogas ou similares que, se é o caso, se inclúen en cada nova categoría.

Provisión de vacantes

O artigo 7 establece que os postos de traballo que, segundo a correspondente relación de postos de traballo, deban ser desempeñados por persoal laboral, se proverán polos procedementos regulados neste artigo.

A Administración da Xunta de Galicia facilitará a mobilidade do persoal que desexe ser trasladado a outras administracións.

Provisión definitiva: concurso de traslados e libre designación.

a) Concurso. O concurso de traslados constitúe o sistema normal de provisión definitiva de postos de traballo e previsiblemente serán convocados anualmente.

Convocatoria: será realizada polo conselleiro competente en materia de función pública.

Resolución: corresponde a unha ou varias comisións de valoración, nomeadas polo conselleiro competente en materia de función pública, compostas por un/unha presidente/a, que será a persoa titular da Dirección Xeral da Función Pública ou persoa en quen delegue; un/unha secretario/a, con voz e sen voto, e un máximo de cinco vogais.

A resolución, o mesmo que a convocatoria, será publicada no DOG pola consellería competente en materia de función pública ou órgano en que aquela delegue.

Os traslados derivados da participación nun concurso terán en todo caso carácter voluntario e, en consecuencia, non xerarán dereito á percepción de ningunha indemnización.

Remoción: o persoal laboral que ocupe postos de traballo obtidos por concurso poderá ser removido deles por desaparición do posto, como consecuencia dunha modificación da relación de postos de traballo correspondente, ou por falta de capacidade para o seu desempeño manifestada por rendemento insuficiente que non comporte inhibición.

b) Libre designación.

Proveranse polo sistema de libre designación os postos de traballo que, en atención á súa natureza, así se determine na correspondente RPT.

Supostos: só se poderán cubrir por este sistema os postos de traballo de directores/as e subdirectores/as de centros e responsables de área, os postos do persoal destinado na residencia oficial do presidente da Xunta de Galicia, así como aqueles outros de carácter directivo ou de especial responsabilidade para os cales, excepcionalmente, así se determine nas relacións de postos de traballo cos mesmos criterios que se segue para este tipo de postos no ámbito da función pública de Galicia.

Convocatoria: corresponde á consellería respectiva e deberá ser publicada no *Diario Oficial de Galicia*. Conterá, entre outros posibles datos, os postos convocados e os requisitos requiridos para o seu desempeño, o prazo para a presentación de instancias e os requisitos que deben reunir os interesados.

Remoción: o persoal que sexa destinado a un posto de libre designación poderá ser removido del con carácter discrecional.

Provisión temporal ou provisional.

Os postos de traballo reservados ao persoal laboral da Xunta de Galicia poderán proveerse, con carácter temporal ou provisional, con persoal laboral fixo. Esta cobertura será provisional e estes postos deberán ser incluídos necesariamente no primeiro concurso de traslados que se convoque.

a) Adscrición temporal.

Pódese empregar para a cobertura de postos de traballo vacantes, cando a súa provisión se considere urxente e inaprazable. Requírese:

- Informe vinculante da consellería de destino do/da traballador/a cando o posto que se provexa por este sistema dependa doutra consellería.
- O traballador deberá pertencer á mesma categoría e reunir os requisitos que exixa a correspondente relación de postos de traballo.
- En todo caso, a adscrición terá carácter voluntario e unha duración máxima dun ano prorrogable por outro se persisten as circunstancias que a motivaron.
- Autorización da adscrición da Dirección Xeral da Función Pública. Da autorización darase traslado inmediato ao comité intercentros, especificando as causas que a motivaron.
- Esta adscrición temporal poderá ser solicitada en calquera momento antes do informe da consellería.

b) Contratación de persoal laboral temporal.

Os postos de traballo vacantes que non sexan provistos por traballadores declarados en situación de incapacidade permanente total e cuxa provisión se considere necesaria poderanse cubrir mediante a contratación de persoal laboral temporal. Para a contratación

deste persoal laboral non se poderá acudir ás empresas de traballo temporal.

Procedemento:

- Chamarase, segundo a categoría de que se trate, o primeiro aspirante da lista elaborada ao abeiro do Decreto 37/2006, do 2 de marzo, ou do sistema de contratación temporal vixente en cada momento.
- De non existiren listas elaboradas para o efecto, solicitarase da oficina pública do Servizo Público de Emprego, de modo xenérico, un mínimo de tres traballadores en situación de desemprego, por cada unha das vacantes que se pretenda cubrir. Así mesmo, no taboleiro de anuncios da consellería ou centro de que se trate daráselle publicidade á citada petición, na cal deberán constar o número de prazas, os requisitos que hai que cumprir e o prazo de presentación de instancias. A composición do órgano de selección será a establecida para os procedementos de selección e será o tribunal, unha vez constituído, quen aprobará as bases da convocatoria que rexerá o proceso de que se trate. Na selección aplicarase o baremo que figura como anexo III do convenio.

Acceso á condición de laboral fixo.

O artigo 8 do convenio di que o acceso ás distintas categorías de persoal laboral fixo da Xunta de Galicia se realizará, logo de convocatoria pública, mediante concurso-oposición, que consistirá na superación das probas correspondentes, así como na posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condicións de formación, méritos ou niveis de experiencia.

En todo caso, para superar o proceso selectivo será necesario superar a fase de oposición.

Convocatorias (artigo 10): incluíranse, en todo caso, os seguintes datos: número de vacantes ofertadas por categorías e requisitos que deben reunir os aspirantes; número de vacantes que se reservan para a quenda de promoción interna; sistema de selección, forma de desenvolvemento das probas e valoración; baremo de méritos aplicable; composición do tribunal e prazo para a presentación de instancias.

Competencia: o órgano competente para convocar as probas de acceso será a consellería competente en materia de función pública; as bases das convocatorias negociarase

dentro da comisión paritaria.

Promoción interna (artigo 9): nas convocatorias deberá reservarse un mínimo do 50% das vacantes ofertadas para cubrir pola quenda de promoción interna. Para participar nesta quenda os interesados deberán reunir os seguintes requisitos:

- Posuír polo menos dous anos de antigüidade na categoría desde a cal se accede.
- Pertencer a unha categoría integrada no grupo inmediato superior ou inferior ao que se pretende acceder, para o suposto de promoción interna vertical, ou do mesmo grupo para a promoción interna horizontal.
- Os demais que, con carácter xeral, se fixen na correspondente convocatoria.

Os aspirantes da quenda de promoción interna terán convocatorias distintas e separadas e serán eximidos dalgunhas das probas previstas para a quenda libre. As vacantes non cubertas por esta quenda acumularanse á quenda de acceso libre.

Tribunais de selección (artigo 11): serán colexiados e a súa composición deberanse axustar aos principios de imparcialidade e profesionalidade dos seus membros e paridade entre mulleres e homes. Estarán formados por un número non superior a sete membros, todos con voz e voto, que deberán posuír unha titulación académica de igual ou superior nivel á solicitada como requisito ás persoas aspirantes. O persoal de elección ou de designación política, os/as funcionarios/as interinos/as, os/as laborais temporais e o persoal eventual non poderán formar parte dos órganos de selección.

Os membros destes tribunais están en todo caso suxeitos ao réxime de abstención e recusación recollido no artigo 28 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Resolución (artigo 12):

Concluído o proceso selectivo, o tribunal remitirá ao órgano convocante a proposta de aspirantes que o superaron para que este a eleve a definitiva, a publique no DOG e proceda ao seu nomeamento.

Na dita resolución poderán incluírse os postos vacantes que se lles oferten ás persoas aspirantes que superaron o proceso selectivo, con indicación dos requisitos necesarios

para o seu desempeño, caso en que na resolución de nomeamento se incluíra o destino adxudicado a cada aspirante

En caso distinto, o órgano convocante resolverá e publicará no DOG o nomeamento como persoal laboral da Xunta de Galicia na categoría que corresponda unha vez que transcorrese o prazo outorgado aos aspirantes para presentar a documentación xustificativa do cumprimento dos requisitos sinalados na convocatoria.

A adxudicación de postos realizarase de acordo coa orde de prelación obtida no proceso, e terán preferencia as persoas aspirantes provenientes da quenda de promoción interna.

Os postos de traballo adxudicados terán natureza de destino definitivo.

Toma de posesión (artigo 13): concluído o procedemento, o persoal nomeado laboral fixo disporá do prazo dun mes para tomar posesión do seu destino.

Período de proba (artigo 14): será o seguinte:

1. Para as categorías incluídas nos grupos I e II, tres meses.
2. Para as categorías incluídas no grupo III, dous meses.
3. Para as categorías incluídas nos grupos IV e V, un mes.

Durante o período de proba, o traballador terá os mesmos dereitos e obrigas que o persoal fixo do cadro de persoal da súa mesma categoría profesional, excepto os derivados da resolución de relación laboral, que se poderá producir por pedimento de calquera das partes durante o seu transcurso. As situacións de IT interrompen o período de proba. En caso de que non se supere o período de proba, a Administración notificarallo ao traballador por escrito motivado e dará coñecemento ao comité de empresa ou aos delegados de persoal. A rescisión durante este período non dará dereito a ningunha indemnización.

2.5. ORGANIZACIÓN E DIRECCIÓN DO TRABALLO (CAPÍTULO V)

Traballos de superior e inferior categoría (artigo 15):

Ademais dos requisitos establecidos para a mobilidade funcional, regulada no artigo 39 do Estatuto dos traballadores, teranse en conta os seguintes principios:

- A realización de traballos de categoría superior ou inferior responderá a

necesidades excepcionais e perentorias e durará o tempo mínimo imprescindible.

- En todo caso, terán preferencia os traballadores do centro de traballo, aos cales se lles terán en conta os requisitos establecidos para a promoción interna e os ascensos
- A ser posible, comunicaráselle ao traballador, por escrito, con 48 horas de antelación e, en todo caso, con anterioridade ao inicio do cambio de posto de traballo.

Funcións de categoría superior

A ocupación dun posto de traballo en réxime de desempeño de funcións de categoría superior non poderá exceder, con carácter xeral, os seis meses consecutivos ou dez alternos.

A realización destas funcións requirirá autorización expresa, ou ratificación posterior en casos de urxencia, da Dirección Xeral da Función Pública.

En todo caso, o simple desempeño dunha categoría superior non consolidará o salario nin a categoría superior nin terá a consideración de mérito para o acceso pola quenda de promoción interna. Os postos ocupados por este sistema incluíranse necesariamente no primeiro concurso de traslados que se convoque, excepto que a praza se encontre reservada ao seu titular.

Funcións de categoría inferior

O traballador só poderá realizar traballos da categoría inmediatamente inferior á súa durante un só período non superior a trinta días consecutivos. Transcorrido este período, o traballador non poderá volver ocupar un posto de categoría inferior ata que transcorra un ano.

Ao persoal que realice traballos de inferior ou superior categoría respectaránselle as condicións máis favorables e beneficiosas, tanto salariais como laborais, sen que en ningún caso se lle diminúan as súas percepcións económicas.

Organización do traballo (artigo 16).

A organización do traballo é facultade da Xunta de Galicia e a súa aplicación práctica correspóndelles aos titulares das distintas unidades orgánicas, sen prexuízo dos dereitos e facultades de audiencia e información recoñecidos ao persoal.

Permutas (artigo 17)

As permutas ou rotacións de posto de traballo entre dous ou máis traballadores/as do persoal fixo poderanse conceder cando concorran as seguintes circunstancias:

- Que contén con máis dun ano de servizos continuados na Administración.
- Que teñan idénticas categorías laborais.
- Que lles falten aos/ás traballadores/as máis de cinco anos para a xubilación.
- Que se emita informe favorable previo das xefaturas respectivas e do comité de empresa ou comité intercentros cando afecte máis dun comité de empresa.

No prazo de dous anos a partir da concesión dunha permuta ou rotación non se lle poderá autorizar outra a calquera dos/as interesados/as.

A concesión da permuta ou rotación non dará dereito ao pagamento de gastos nin de indemnizacións de ningunha clase.

2.6. XORNADA, HORARIO DE TRABALLO, DESCANSO E VACACIÓNS (CAPÍTULO VI)

Xornada de traballo (artigo 18).

Como regra xeral, a xornada de presenza e traballo efectivo será de 37 horas e 30 minutos semanais, de luns a venres, de forma continuada en termos xerais en quendas de mañá, tarde ou noite, excepto naqueles centros en que, pola natureza das súas funcións, se faga necesaria a xornada partida. A xornada máxima anual será de 1.665 horas. Non terán natureza de horas extraordinarias aquelas que, excedendo as 37,30 horas semanais, non superen as 1.665 horas anuais.

Non obstante, a dirección de cada centro e os representantes dos traballadores poderán negociar un horario ou unha xornada distinta cando o consideren necesario polas súas peculiaridades específicas e contén coa autorización previa da consellería de que depende.

Descanso e festivos (artigo 19).

Descanso semanal: os traballadores terán dereito a un descanso mínimo semanal de dous días ininterrompidos que, con carácter xeral, abranguerá o sábado e o domingo, salvo naqueles centros en que sexa necesaria a prestación de servizos eses días, caso en que se poderán establecer as previsións necesarias para que os traballadores disfruten do descanso semanal anticipadamente.

Domingos: un domingo inhabilita, como mínimo, para traballar o domingo seguinte.

Festivos: os traballadores librarán a metade dos domingos e festivos en cómputo anual. Para os servizos que haxa que prestar necesariamente en domingos e festivos establecerase un descanso adicional do 75% do tempo de prestación, excepto os especificamente contratados para a fin de semana, aos cales se lles compensará economicamente a maiores co 75% do salario bruto/día, por cada domingo ou festivo.

Ademais, salvo necesidades do servizo, todo o persoal laboral vinculado a este convenio desfrutará como descanso os días 24 e 31 de decembro.

Vacacións (artigo 20).

Todo o persoal cun ano mínimo de servizos terá dereito a unhas vacacións retribuídas de duración igual á do mes natural en que se disfruten ou optar pola modalidade de 22 días hábiles en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos. De non levar un ano de servizos, disfrutaranse as vacacións en proporción aos días traballados.

Ambas as modalidades disfrutaranse preferentemente entre o 1 de xullo e o 30 de setembro e a súa distribución farase por acordo entre a dirección do centro e a representación do persoal, tendo en conta as necesidades do servizo, a natureza específica dos centros e o seu correcto funcionamento.

2.7. LICENZAS E EXCEDENCIAS (CAPÍTULO VII)

Licenzas e permisos con soldo (artigo 21).

Coa finalidade de establecer un único réxime na Xunta de Galicia, o convenio esténdese ao persoal laboral ao cal resulta de aplicación o réxime de permisos e licenzas vixente para o persoal funcionario derivado da regulación establecida no EBEP, no TRLFPG e na Lei 7/2004, do 16 de xullo, para a igualdade de mulleres e homes, modificada pola Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres en Galicia.

Non obstante, respecto ao permiso para asuntos persoais establécense particularidades como a posibilidade de desfrute ata o 15 de xaneiro do seguinte ano natural.

Licenzas con soldo parcial e sen soldo (artigo 22).

Con soldo parcial: terán dereito a unha redución da xornada de traballo con diminución proporcional do salario os seguintes traballadores:

- a.** Quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de seis anos ou un diminuído físico, psíquico ou sensorial, que non desempeñe unha actividade retribuída, ou non perciba ingresos superiores ao salario mínimo interprofesional.
- b.** Quen precise encargarse do coidado directo dun familiar, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non se poida valer por si mesmo, e que non desempeñe actividade retribuída, ou non perciba ingresos superiores ao salario mínimo interprofesional.

Sen soldo: os traballadores fixos que leven como mínimo un ano de servizo poderán pedir licenzas sen soldo, por un prazo non inferior a quince días e non superior a seis meses, nun intervalo de tempo de dous anos.

Licenzas especiais e condicións de traballo nos supostos de maternidade e paternidade (artigo 23).

A traballadora xestante terá dereito a ocupar durante o embarazo un posto de traballo e/ou quenda distintos dos seus, sempre que exista tal posto e quenda alternativos e sempre que, segundo prescrición dun facultativo do sistema da sanidade pública, o seu posto ou quenda resulten nocivos para a súa saúde ou a do feto. Este cambio de posto de traballo non supoñerá modificación da súa categoría, nin mingua dos seus dereitos económicos. Unha vez finalizada a causa que motivou o cambio de posto de traballo, procederase á reincorporación ao seu destino orixinal.

Ademais, a traballadora xestante será trasladada se a permanencia no seu posto de traballo pon en perigo a súa vida ou a integridade do feto e terá dereito a escoller a data das súas vacacións regulamentarias.

Excedencias (artigo 24).

1. Excedencia para o coidado de fillos/as menores de tres anos

Todos/as os/as traballadores/as terán dereito a unha excedencia por tempo non superior a tres anos para atender o coidado de cada fillo/a, contados desde o seu nacemento, ou, no caso de adopción ou acollemento, tanto permanente coma preadoptivo, contados desde a data da resolución xudicial ou administrativa. Os/as fillos/as sucesivos darán lugar a un novo período de excedencia que, se é o caso, poñerá fin ao que se viña desfrutando.

Durante o desfrute desta excedencia, ao/á traballador/a reserváraselle o posto de traballo e quenda que viñese desempeñando con carácter definitivo e computáraselle o tempo correspondente para efectos de antigüidade.

2. Para o coidado de familiares

Os/as traballadores/as tamén terán dereito a un período de excedencia, de duración non superior a dous anos, para atender o coidado dun familiar, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente, enfermidade ou discapacidade non se poida valer por si mesmo e non desempeñe actividade retribuída.

Esta excedencia constitúe un dereito individual dos traballadores, homes ou mulleres. Non obstante, se dous ou máis traballadores da Xunta xeran este dereito polo mesmo suxeito causante, o empresario poderá limitar o seu exercicio simultáneo por razóns xustificadas.

Cando un novo suxeito causante dea dereito a un novo período de excedencia, o inicio desta dará fin á que, se é o caso, se viña desfrutando.

Este período será computable para efectos de antigüidade e o traballador terá dereito á asistencia a cursos de formación profesional, a participación dos cales deberá ser convocada pola Xunta de Galicia, especialmente coa ocasión da súa reincorporación. Durante o primeiro ano terá dereito á reserva do seu posto de traballo. Transcorrido este prazo, a reserva quedará referida a un posto de traballo do mesmo grupo profesional ou categoría equivalente.

3. Excedencia voluntaria

Os traballadores fixos, cunha antigüidade mínima dun ano na Xunta de Galicia, poderán

solicitar, cunha antelación mínima de 45 días, excedencia voluntaria por un período de tempo non inferior a un ano.

O traballador que solicite o seu reingreso terá dereito a ocupar a primeira vacante, con carácter provisional, que se produza no seu grupo e categoría, excepto no caso de concorrer un excedente forzoso, que terá preferencia. Se a vacante for de inferior categoría á que antes tiña, poderá optar a ela á espera de que xurda a que corresponda á súa categoría.

En todo caso, non se poderá solicitar nova excedencia voluntaria antes de transcorrido un ano desde a súa reincorporación.

4. Excedencia forzosa

Esta excedencia concederase pola designación ou elección para un cargo público que imposibilite a asistencia ao traballo e dará dereito ao traballador a conservar o posto de traballo, quenda e centro, e a que se lle compute a antigüidade durante a súa vixencia. Como criterio para a súa concesión teranse en conta os supostos de servizos especiais previstos na normativa da función pública galega.

O reingreso deberase efectuar no prazo máximo de trinta días naturais a partir do cesamento no cargo. De non solicitaren o reingreso no prazo citado serán declarados, de oficio, en excedencia voluntaria por interese particular.

A reincorporación producirase na mesma categoría profesional, posto de traballo e quenda que tiña o traballador. Este reingreso terá carácter inmediato desde o momento en que se solicite e, en todo caso, un mes despois do cesamento no cargo.

5. Excedencia voluntaria por incompatibilidade

Declararase nesta situación, de oficio ou por instancia de parte, o persoal laboral fixo cando estea en servizo activo na Xunta de Galicia noutra categoría, corpo ou escala, a non ser que obtivesen a oportuna compatibilidade ou pasen a prestar servizos en organismos ou entidades do sector público e non lles corresponda quedar noutra situación.

O persoal nesta situación pode solicitar en calquera momento o reingreso, que se poderá efectuar por adscrición temporal a un posto da súa categoría condicionada ás necesidades do servizo e sempre que se reúnan os requisitos para o seu desempeño. En caso de cesar

noutro posto, deberá solicitar o seu reingreso no prazo máximo de 30 días hábiles desde o dito cesamento ou, en caso contrario, quedaría na situación de excedencia voluntaria por interese particular.

6. Excedencia por razón de violencia sobre a muller.

Para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, as traballadoras vítimas de violencia de xénero terán dereito a solicitar a situación de excedencia nos termos establecidos no Lei do emprego público de Galicia (Lei 2/2015, artigos 25, 176 e 177).

2.8. CONDICIÓNS ECONÓMICAS (CAPÍTULO VIII)

O artigo 25 establece que as retribucións do persoal laboral se aboan mensualmente mediante un modelo unitario de nómina, no cal se reflicten todos os aspectos retributivos e aqueles polos cales se producen, se é o caso, descontos nos haberes dos/as traballadores/as.

As retribucións están, polo tanto, constituídas polo salario base e polos seguintes complementos salariais:

- **Salario base:** é a parte de retribución do/a traballador/a fixada para a xornada ordinaria de traballo, en función da súa categoría profesional.
- **Pagas extraordinarias:** todo o persoal incluído no ámbito de aplicación deste convenio terá dereito a percibir dúas pagas extraordinarias, que se aboarán co salario mensual de xuño e decembro. A contía de cada unha das pagas será igual a unha mensualidade do salario base do convenio máis antigüidade.
- **Complementos salariais (artigo 26).**

Antigüidade: retribúe os trienios que perfeccionen todos/as os/as traballadores/as a partir da entrada en vigor do V convenio cunha cantidade mensual igual para todos os grupos de clasificación.

Complemento de funcións: retribúe en idéntica contía para todos os grupos o desempeño das funcións propias de cada posto de traballo.

Complementos de singularidade de posto: retribúe as especiais dificultades materiais e técnicas que exixa o desempeño do posto de traballo na contía que para cada un figura na correspondente relación de postos de traballo, de acordo cos criterios fixados de especial dedicación, responsabilidade, dirección, perigosidade, toxicidade, penosidade e outras condicións especiais do posto, dispoñibilidade horaria e nocturnidade.

Horas extraordinarias (artigo 27): son aquelas horas ou fraccións que excedan a xornada normal de traballo e teñan un carácter excepcional. A súa realización terá sempre un carácter voluntario e non poderán exceder as 80 en cómputo anual. Compensaranse por tempo de descanso sempre que a organización do traballo o permita.

Axudas de custo e desprazamentos (artigo 28): enténdese por axuda de custo a indemnización económica diaria que se lle debe pagar a un/unha traballador/a como compensación dos gastos de mantemento e aloxamento que deba realizar como consecuencia dun desprazamento motivado por orde dos órganos directivos correspondentes. A contía da axuda de custo será a especificada para o grupo III dos funcionarios e aplicárase nas mesmas condicións que a estes, segundo o regulado no Decreto 144/2001, do 7 de xuño (DOG número 122, do 25 de xuño).

Incapacidade temporal artigo 30: en caso de baixa por IT ou situación de risco durante o embarazo, a Xunta de Galicia incrementará o subsidio económico da Seguridade Social ata conseguir a contía igual á base de cotización do traballador do mes anterior a aquel en que se produza a baixa.

2.9. BENEFICIOS SOCIAIS (CAPÍTULO IX)

Dentro dos beneficios sociais, o convenio recolle os seguintes aspectos:

- 1) Formación e perfeccionamento profesional, dereito a ver facilitada a realización de estudos académicos ou profesionais (artigo 31).
- 2) Lecer, recreo, cultura e deportes, regulando o dereito ao uso gratuíto das bibliotecas dos diferentes centros ou servizos, das instalacións deportivas de uso público xestionadas pola Xunta e dos salóns de actos para o desenvolvemento de actividades culturais, sempre que non se interfira nas actividades normais da Administración (artigo 32).
- 3) Orientación sobre planificación familiar e revisións médicas (artigo 33).

4) Xubilación e fomento de emprego (artigo 34).

- Xubilación forzosa ao cumprir o traballador a idade de 65 anos. Aqueles traballadores que, ao chegaren a esta idade, non cumprisen o período mínimo de cotización á Seguridade Social para causar dereito á referida prestación, poderán continuar prestando servizos ata cumpriren o dito período de cotización, momento en que se causará baixa de forma inmediata.
- Xubilación especial do traballador que ao cumprir a idade de 64 anos opte por acollerse á xubilación co 100% dos dereitos, caso en que será substituído por calquera traballador inscrito como desempregado na oficina de emprego e nas listas que, se for o caso, se elaboren, mediante un contrato da mesma natureza que a do extinguido.
- Xubilación voluntaria do traballador que reúna os requisitos establecidos no réxime da Seguridade Social ao cal pertenza.

5) Política de axuda a diminuídos físicos e psíquicos (artigo 35).

Todo traballador que teña baixo a súa dependencia directa e legal, e vivindo ás súas expensas, consorte, fillos e ascendentes de primeiro grao de consanguinidade ou afinidade que sexan discapacitados físicos, psíquicos ou sensoriais recoñecidos como tales polos órganos competentes na materia e sempre que os ingresos do discapacitado non superen o salario mínimo interprofesional en cómputo anual, percibirá unha axuda de 180 euros mensuais por cada discapacitado. Así mesmo, terán o mesmo dereito cando exerzan a tutela dunha persoa coa cal teñan ou non vínculo familiar.

6) Indemnización por invalidez e morte por accidente de traballo ou enfermidade profesional (artigo 36).

7) Fondo de axuda para anticipos (artigo 37).

8) Complemento das pensións de viuvez e orfandade (artigo 38).

2.10. SEGURIDADE E HIXIENE (CAPÍTULO X)

O convenio reflicte, entre outros, os seguintes compromisos que adquire a Xunta de Galicia nesta materia:

1. Cumprimento estrito das disposicións vixentes en materia de prevención de riscos e

seguridade no traballo, de conformidade coa Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, o Estatuto dos traballadores e demais lexislación (artigo 39).

2. Subministración de roupa de traballo e calzado profesional homologados e de uso obrigatorio a todo o persoal ao seu servizo cando as condicións e a natureza do traballo o requiran e inclusión nos seus orzamentos das partidas económicas precisas para a dotación de servizos médicos (artigo 40).

3. Prohibición de que o persoal suxeito ao convenio realice obras por un tanto nin traballo axustado durante a súa xornada laboral e en caso de que, polo específico do seu labor, desenvolva o seu traballo a ceo aberto, de realizar as súas funcións cando a situación climatolóxica ou as condicións do terreo supoñan penosidade visible (artigo 42).

2.11. MOBILIDADE (CAPÍTULO XI)

Para o traslado a outro centro de traballo que implique cambio de residencia de traballadores que non fosen contratados especificamente para prestaren os seus servizos en empresas con centros de traballo móbiles ou itinerantes, o convenio require a existencia de razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción que o xustifiquen, ou ben contratacións referidas á actividade empresarial.

En todos estes supostos prevese, ademais, o dereito do traballador a optar entre o traslado, percibindo unha compensación por gastos, ou a extinción do seu contrato con indemnización, así como a existencia de distintos períodos de consultas cos representantes legais dos traballadores, en función do número deles afectado (artigo 43).

2.12. DEREITOS SINDICAIS (CAPÍTULO XII)

Delegados de persoal e comités de empresa:

Sen prexuízo das competencias, funcións e dereitos en xeral recoñecidos polas disposicións legais, terán os seguintes dereitos específicos:

1) A dispoñer de tempo retribuído para realizar xestións conducentes á defensa dos intereses do persoal avisando previamente.

- 2) A ser substituídos/as durante as súas horas sindicais.
- 3) A coñecer e consultar o rexistro de accidentes de traballo e as súas causas, e a acceder ao cadro horario e aos modelos das cotizacións á Seguridade Social, ao calendario laboral, aos orzamentos dos centros, á memoria anual do centro e a calquera outro documento relacionado coas condicións de traballo que afecten o persoal.
- 4) A un local con dotación adecuada para a súa administración interna.
- 5) A taboleiros de anuncios en lugares visibles para os avisos e comunicacións que consideren pertinentes.
- 6) A acordar a acumulación das horas sindicais dos seus membros, nun ou en varios deles ou entre membros de distintos comités de empresa no ámbito autonómico, de acordo co réxime establecido no mesmo convenio.
- 7) Ás garantías recollidas nas alíneas a), b) e c) do artigo 68 do Estatuto dos traballadores, desde o momento da súa proclamación como candidatos e ata dous anos despois do cesamento no seu cargo. Estas garantías consisten en:
 1. Apertura de expediente contradictorio por faltas graves ou moi graves, no cal serán oídos, á parte do interesado, o comité de empresa ou restantes delegados de persoal.
 2. Prioridade de permanencia no centro de traballo respecto dos demais traballadores, nos supostos de suspensión ou extinción por causas tecnolóxicas ou económicas.
 3. Non ser despedido nin sancionado durante o seu mandato nin no ano posterior ao cesamento no cargo (o que no convenio é aos dous anos seguintes ao cesamento no cargo), salvo en caso de que esta se produza por revogación ou dimisión, sempre que o despedimento ou a sanción se basee na acción do traballador no exercicio da súa representación. Así mesmo, non poderá ser discriminado na súa promoción económica ou profesional en razón do desempeño da súa representación.
- 8) A recibir, conxunta e puntualmente, por conta da Xunta de Galicia, un exemplar do DOG coa frecuencia das súas aparicións ou acceso á internet que lles permita esta consulta da forma que se estableza nos seus centros de traballo.

- 9) A dispoñer dun mínimo de 20 horas anuais para a realización de asembleas.
- 10) A que lles sexan aboados os gastos de desprazamento ou as indemnizacións polas súas reunións periódicas e polas convocadas pola Xunta de Galicia.

Seccións sindicais, delegados sindicais e afiliados.

a) Seccións sindicais: aquelas que obtivesen máis dun 10% dos membros do respectivo comité de empresa terán no centro de traballo os seguintes dereitos:

- 1) A un número de delegados sindicais, establecido en función do número de traballadores do centro.
- 2) A dispoñer dun local sindical, que compartirán co comité de empresa ou cos delegados de persoal.
- 3) Á realización de asembleas fóra e dentro da xornada de traballo nos mesmos termos que para os comités de empresa.

b) Delegados sindicais: terán os seguintes dereitos e garantías:

- 1) Posibilidade de acumularen os créditos horarios que poidan corresponder aos delegados sindicais de cada unha das organizacións sindicais asinantes do convenio nunha bolsa única correspondente ao ámbito territorial de Galicia. O total de crédito horario resultante da acumulación pode ser libremente distribuído por cada unha das organizacións sindicais por medio da designación de delegados sindicais.
- 2) Representación dos afiliados da sección sindical en todas as xestións necesarias ante a dirección respectiva, e a seren oídos por esta no tratamento daqueles problemas de carácter colectivo que afecten o persoal, en xeral, e os afiliados do sindicato, en particular.
- 3) A seren informados e oídos pola empresa con carácter previo: acerca de despedimentos e sancións que afecten os afiliados ao sindicato, en materia de reestruturación do cadro de persoal, regulacións de emprego, traslados colectivos ou individuais de traballadores, ou do centro de traballo, e sobre calquera proxecto ou acción administrativa que poida afectar o persoal sobre a implantación ou revisión de sistemas de organización do traballo.
- 4) Acceso á mesma información e documentación que a empresa deba poñer á

disposición do comité de empresa, estando obrigados a gardar sixilo profesional.

- 5) Ás mesmas garantías e dereitos que a lei e o convenio lles recoñecen aos membros do comité de empresa.

c) Afiliados: os afiliados a unha sección sindical das mencionadas anteriormente terán os seguintes dereitos:

1. A obtenen permisos sen soldo durante o tempo que pasen a ocupar postos de responsabilidade sindical con plena dedicación en ámbito superior ao centro de traballo.
2. Un 10 por 100 dos afiliados a unha destas seccións sindicais terán dereito a permisos sen retribucións, sempre que exista comunicación previa e non supere os límites establecidos no propio convenio.
3. A que se lles desconte na súa nómina o importe da cota sindical que corresponda, coa conformidade previa do/a afiliado/la.

d) Comité intercentros: ao abeiro do disposto no Estatuto dos traballadores, no convenio ordénase a constitución dun comité intercentros, cun máximo de 13 membros, pertencentes aos comités de empresa e delegados/as de persoal dos centros de traballo.

O convenio prevé que o mesmo órgano aprobe as súas normas de funcionamento por maioría absoluta na primeira sesión en que se constitúa, e atribúelle competencias como as seguintes:

1. Negociación do convenio colectivo, elección dos suplentes e asesores da comisión negociadora e aprobación do anteproxecto correspondente, sempre que así o decida, polo menos, o 65 por 100 dos seus membros.
2. Elección dos representantes do persoal na comisión paritaria de vixilancia e interpretación do convenio, respectando a proporcionalidade existente no comité intercentros e sempre que este asinase o convenio.
3. Elección dos membros aos cales lles corresponda representar o persoal en todas as comisións creadas a partir da comisión paritaria, ou noutras comisións ou tribunais

recollidos no presente convenio, respectando a proporcionalidade existente no comité intercentros.

4. Facultade para solicitar conflito colectivo e para interpoñer calquera tipo de reclamación, así como para solicitar a declaración de folga legal.

5. Negociación coa Administración das condicións de adscrición de calquera colectivo a este convenio, con ocasión da súa integración por razóns de transferencia.

6. Tratamento nunha mesa cos representantes da Administración das ofertas de emprego segundo as necesidades de recursos humanos previstos con anterioridade á súa publicación, segundo se establece no Estatuto básico do empregado público.

2.13. RÉXIME DISCIPLINARIO. PROCEDEMENTO DISCIPLINARIO (CAPÍTULO XIII)

Procedemento (artigo 47): a imposición de sancións por faltas graves e moi graves, excepto as derivadas de falta de asistencia e puntualidade, requirirá a realización dun expediente disciplinario.

Para a súa tramitación, cando a Administración coñeza da comisión de feitos presuntamente constitutivos de falta grave ou moi grave, o responsable ou director do centro ou dependencia onde o traballador preste os seus servizos ou, se é o caso, a autoridade que normativamente en cada momento teña asignada tal competencia acordará a incoación do expediente e nomeará o instrutor do procedemento. Este acto de incoación, que deberá ser comunicado por escrito ao comité de empresa e ao interesado, interromperá os prazos legais de prescrición de faltas e infraccións.

O instrutor, como primeiras actuacións, recibirá declaración do presunto inculpado, realizará cantas dilixencias considere necesarias e, nun prazo non superior a dous meses desde o inicio do expediente, propoñerá á autoridade competente o arquivamento das actuacións, ou elaborará un prego de cargos, que lles será notificado respectivamente, segundo o caso, ao interesado, ao comité de empresa, aos delegados de persoal do centro ou á sección sindical correspondente. Neste caso, o prego de cargos incluírá os feitos imputados con expresión, se é o caso, da falta presuntamente cometida e das sancións que poidan ser de aplicación.

O prego de cargos será notificado ao inculpado e concederáselle un prazo de quince días para que poida contestalo, presentar os documentos que considere de interese ou solicitar, se o considera conveniente, a práctica das probas que crea necesarias para a súa defensa.

Unha vez contestado o prego ou transcorrido o prazo sen facelo, o instrutor poderá acordar a práctica das probas solicitadas que xulgue oportunas, así como a de todas aquelas outras que considere pertinentes. Para a práctica das probas dispoñeráse do prazo dun mes.

Cumpridas as dilixencias anteriores, daráselle vista do expediente ao inculpado para que no prazo de dez días alegue o que vexa pertinente para a súa defensa e presente cantos documentos considere de interese.

O instrutor formulará, dentro dos vinte días seguintes, a proposta de resolución, da cal se lles dará traslado ao comité de empresa ou aos delegados de persoal e ao interesado. Unha vez notificada a proposta de resolución, o interesado dispoñerá de dez días para alegar canto considere pertinente para a súa defensa, de forma que, unha vez oído ou transcorrido o prazo sen alegacións, se remita con carácter inmediato o expediente completo ao órgano que acordou a incoación do procedemento. Este órgano, pola súa vez, remitirallo ao órgano competente para que dite a resolución que corresponda ou, se é o caso, poderá ordenarlle ao instrutor a práctica das dilixencias que considere necesarias.

Desta resolución daráselles conta ao interesado, ao comité de empresa do seu centro e á sección sindical a que pertenza, se é o caso. Tamén se lle dará traslado da resolución definitiva á Comisión Paritaria do convenio, para os simples efectos estatísticos e de información.

A omisión deste procedemento determinará a nulidade do expediente, sempre e cando produza indefensión do interesado.

A sanción de faltas que non precisen a incoación de expediente disciplinario comunicaráselle ao comité de empresa respectivo, con tres días hábiles de antelación á súa notificación ao/á interesado/a.

Sancións.

As sancións que se poderán impoñer, en función da cualificación das faltas, serán as seguintes:

a) Por faltas leves:

- Amoestación verbal ou por escrito.
- Suspensión de emprego e soldo ata dous días.

b) Por faltas graves:

1. Suspensión de emprego e soldo de dous a quince días.
2. Suspensión do dereito de concorrer a probas selectivas ou concursos de ascensos por un período dun ano.

c) Por faltas moi graves:

- a) Suspensión de emprego e soldo de dezaseis días a dezoito meses.
- b) Inhabilitación para o ascenso por un período de ata un máximo de dous anos.
- c) Traslado forzoso sen indemnización.
- d) Despedimento.

Competencia: serán órganos competentes para a imposición das sancións disciplinarias:

- a) O Consello da Xunta, por proposta do conselleiro competente en materia de función pública, para impoñer o despedimento.
- b) Os titulares da consellería ou do organismo autónomo en que estea destinado o traballador, para impoñer as sancións por faltas graves e moi graves. Se a sanción se impón pola comisión de faltas en materia de incompatibilidades en relación coas actividades desenvolvidas en diferentes consellerías, a facultade corresponderalle ao conselleiro competente en materia de función pública.
- c) Os directores xerais e os delegados provinciais, respecto do persoal dependente da súa dirección xeral ou delegación provincial, para a imposición de sancións por faltas leves.

Os xefes ou superiores que toleren ou encubran as faltas dos seus subordinados incorrerán en responsabilidade e sufrirán a corrección ou sanción que se considere procedente, tendo en conta a que se lle impoña ao autor e a intencionalidade, perturbación para o servizo, atentado contra a dignidade da Xunta de Galicia e reiteración ou reincidencia da dicha tolerancia ou encubrimento.

Non se considerará falta de ningún tipo a negativa a realizar traballos de categoría distinta á específica de cada traballador, salvo cando medien circunstancias de excepcional necesidade.

Todo traballador poderá dar conta por escrito, a través dos seus representantes, dos actos que supoñan faltas de respecto á súa intimidade ou á consideración debida á súa dignidade humana ou laboral. A Xunta, a través do órgano directivo ao cal estea adscrito o interesado, abrirá a oportuna información e instruirá, de ser o caso, o expediente disciplinario que proceda.

O aquí exposto tamén será de aplicación cando se lesionen dereitos dos/as traballadores/as recoñecidos neste convenio e na normativa vixente, e deriven prexuízos notorios de orde material para eles.■

Prescrición das faltas e sancións: os prazos de prescrición son os establecidos no artigo 97 do EBEP, que se aplica co carácter de disposición de dereito necesario ao persoal laboral das administracións públicas.

De acordo co dito precepto, as infraccións moi graves prescribirán aos tres anos, as graves aos dous anos e as leves aos seis meses; as sancións impostas por faltas moi graves prescribirán aos tres anos, as impostas por faltas graves aos dous anos e as impostas por faltas leves ao ano.

Cancelación do expediente de faltas e sancións: producirase aos tres meses para as faltas leves, ao ano para as graves e aos dous anos para as moi graves.

Neste punto, o convenio prevé a aplicación supletoria do Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios ao servizo da Xunta de Galicia.

No caso de despedimento declarado improcedente dun laboral fixo da Xunta de Galicia como consecuencia do establecido neste capítulo, a opción de indemnización ou

readmisión corresponderalle ao dito traballador nos prazos establecidos no Estatuto dos traballadores.

MARÍA JESÚS GOLPE

ACTUALIZADO POR **MANUEL FUERTES CARBALLEIRA.**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA.

TEMA 37

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A IGUALDADE DE XÉNERO. DISPOSICIÓNS LEGAIS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDADE. POLÍTICAS CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO. A LEI ORGÁNICA 1/2004, DO 28 DE DECEMBRO, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO.

TEMA 37. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A IGUALDADE DE XÉNERO. DISPOSICIÓNS LEGAIS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDADE. POLÍTICAS CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO. A LEI ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DECEMBRO, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A IGUALDADE DE XÉNERO

Nunha sociedade capitalista de mercado como esta en que nos encontramos inmersos, a posición social dos cidadáns vén determinada pola súa posición no mercado de traballo e foi a posición da muller española no mercado de traballo a que variou notablemente nos últimos tempos. Con todo, a realidade social e económica non reflicte aínda a igualdade plena e efectiva de dereitos que lle recoñece a Constitución á muller como parte do seu estatuto de cidadanía. Por iso, unha das principais preocupacións da OIT en materia de emprego e ocupación é a eliminación da discriminación, tal e como o manifesta a Declaración de Filadelfia, incorporada á Constitución da OIT, ao establecer que: *"Todos os seres humanos, sen distinción de raza, credo ou sexo teñen dereito a perseguir o seu benestar material e o seu desenvolvemento espiritual en condicións de liberdade e dignidade, de seguridade económica e en igualdade de oportunidades"*.

O Convenio nº 111 da OIT define a discriminación como *"calquera distinción, exclusión ou preferencia baseada en motivos de raza, color, sexo, relixión, opinión política, ascendencia nacional ou orixe social que teña por efecto anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de trato no emprego e na ocupación"*.

A igualdade entre homes e mulleres forma parte da política social da Unión Europea e integra o acervo comunitario e, aínda que se considere un elemento crucial da cohesión social, constitúe un obxectivo que aínda non foi plenamente alcanzado. Así, no artigo 10 do Tratado de funcionamento da Unión Europea (ratificado polo Instrumento do 13 de decembro de 2007) establécese que, *na definición e execución das súas políticas e accións, a Unión tratará de loitar contra toda discriminación por razón de sexo, raza ou orixe étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual*.

No artigo 19 do TFUE dise que “1. *Sen prexuízo das demais disposicións dos tratados e dentro dos límites das competencias atribuídas por eles á Unión, o Consello, por unanimidade consonte un procedemento lexislativo especial, e coa aprobación previa do Parlamento Europeo, poderá adoptar accións adecuadas para loitar contra a discriminación por motivos de sexo, de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual.*”

O artigo 157 (introducido polo Tratado de Amsterdam) marca un fito nas políticas de igualdade da Unión. “1. *Cada Estado membro garantirá a aplicación do principio de igualdade de retribución entre traballadores e traballadoras para un mesmo traballo ou para un traballo de igual valor.*

2. *Enténdese por retribución, a teor do presente artigo, o salario ou soldo normal de base ou mínimo, e calquera outra gratificación satisfeita, directa ou indirectamente, en diñeiro ou en especie, polo empresario ao traballador en razón da relación de traballo.*

A igualdade de retribución, sen discriminación por razón de sexo, significa:

a) *Que a retribución establecida para un mesmo traballo remunerado por unidade de obra realizada se fixa sobre a base dunha mesma unidade de medida;*

b) *Que a retribución establecida para un traballo remunerado por unidade de tempo é igual para un mesmo posto de traballo.*

3. *O Parlamento Europeo e o Consello, consonte o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, adoptarán medidas para garantir a aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato para homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, incluído o principio de igualdade de retribución para un mesmo traballo ou para un traballo de igual valor.*

4. *Co obxecto de garantir na práctica a plena igualdade entre homes e mulleres na vida laboral, o principio de igualdade de trato non impedirá a ningún Estado membro manter ou adoptar medidas que ofrezan vantaxes concretas destinadas a facilitar ao sexo menos*

representado o exercicio de actividades profesionais ou a evitar ou compensar desvantaxes nas súas carreiras profesionais.”

Son numerosas as directivas de dereito comunitario que regulan a igualdade de xénero e prohiben a discriminación por razón de sexo, de entre as cales destacamos as seguintes:

- 75/117/CEE, relativa ao principio de igualdade de retribución entre os traballadores de ambos os sexos.
- 76/207/CEE, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo. Modificada pola Directiva 2002/73/CE, a Directiva 76/207/CEE contén agora unha definición do acoso sexual, que se considera unha forma de discriminación baseada no sexo, e ofrece un apoio máis eficaz aos traballadores que se consideran inxustamente tratados polo seu empregador en razón do seu sexo.
- 79/7/CEE e 86/378/CEE, o ámbito da Seguridade Social é competencia dos Estados membros. Xa que non ten poder de decisión sobre os réximes nacionais da Seguridade Social, a Unión Europea exixiulles aos Estados membros que garantan o respecto da igualdade de trato entre homes e mulleres no marco da organización dos ditos réximes.
- 92/85/CEE, a Unión Europea actuou tamén no ámbito da protección social no que se refire, por unha parte, á mellora da seguridade e da saúde no traballo das traballadoras embarazadas, que desen a luz ou en período de lactación.
- 96/34/CEE, de excedencias parentais e familiares.
- 97/80/CEE, relativa á carga da proba nos casos de discriminación baseada no sexo.

Centrándonos na nosa carta magna, cómpre sinalar que recolle o principio de igualdade nas súas dúas manifestacións:

a) Formal, contida no artigo 14: *“Os españois son iguais ante a lei, sen que poida prevalecer ningunha discriminación por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social”.*

b) Material, contida no artigo 9.2, e que permitiu a entrada no noso ordenamento do concepto de “acción positiva”, aínda que recoñecendo implicitamente que esa igualdade na realidade non existe, xa que impón aos poderes públicos a obriga de: *“promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas; remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social”*.

Prohibe a discriminación por razón de sexo no ámbito do emprego, tal e como establece o artigo 35.1: *“... sen que en ningún caso se poida facer discriminación por razón de sexo”*.

O Tribunal Constitucional veu realizando, sobre todo a partir de finais dos anos 80, unha interpretación extensiva do significado do principio de igualdade de trato e a prohibición da discriminación e adoptou unha postura activa a prol da igualdade e da eliminación da discriminación.

Por último, cómpre destacar que a Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, dítase ao abeiro dos artigos referidos e, como se di na súa exposición de motivos, incide na prevención desas condutas discriminatorias e na previsión de políticas activas para facer efectivo o principio de igualdade. Tal opción implica necesariamente unha proxección do principio de igualdade sobre os diversos ámbitos do ordenamento da realidade social, cultural e artística en que se poida xerar ou perpetuar a desigualdade. De aí a consideración da dimensión transversal da igualdade, sinal de identidade do dereito antidiscriminatorio moderno, como principio fundamental do presente texto.

2. DISPOSICIÓNS LEGAIS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDADE.

En primeiro lugar, resulta obrigada a referencia á **Lei galega 7/2004, do 16 xullo, para a igualdade de mulleres e homes**, cuxa exposición de motivos subliña que a igualdade de dereitos entre mulleres e homes é unha necesidade esencial nunha sociedade democrática moderna que, desde todos os niveis normativos, se intenta conseguir a través de diversas medidas plasmadas nos tratados internacionais, na normativa comunitaria, na

nosa Constitución e na normativa legal e regulamentaria interna. Tamén a Comunidade Autónoma de Galicia, no seu campo de competencias, se comprometeu, en desenvolvemento das obrigacións impostas no artigo 4 da Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía para Galicia, na defensa da igualdade. Froito deste compromiso xurdiu a Lei 3/1991, do 14 de xaneiro, de creación do Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller e, no exercicio das súas funcións, a elaboración de ata catro plans de igualdade de oportunidades das mulleres galegas. Na mesma liña, desde 1994, constitúese, no Parlamento galego, a Comisión para a Igualdade e para os Dereitos das Mulleres, que elabora e emite conclusións e ditames en sucesivas lexislaturas no relativo a esta materia.

No relativo ás actuacións concretas, a lei, en dous títulos, establece diversas medidas de defensa da igualdade entre mulleres e homes:

No primeiro regúlase a actuación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de igualdade, buscando, ao mesmo tempo, dar cobertura legal a actuacións en vigor e ampliar as posibilidades de actuación, con respecto a aspectos en que se coide necesario actuar, ben que, en aplicación da transversalidade, non é un elenco exhaustivo, polo que resulta factible que no futuro se incida noutros aspectos distintos, se así se considera necesario.

No segundo regúlanse os aspectos da tutela antidiscriminatoria no emprego público galego coa intención da asunción exemplar, pola Xunta de Galicia, do seu compromiso co principio de igualdade de oportunidades entre mulleres e homes con relación á totalidade do persoal ao seu servizo. Para iso, resulta necesario un instrumento lexislativo que garanta, precisamente, a uniforme aplicación das melloras concedidas ás distintas clases de persoal.

Segundo o artigo 2 da lei: *"Buscarase a eliminación absoluta das discriminacións directas e indirectas. Para efectos da lei, existirá discriminación directa cando unha persoa sexa, fose ou poida ser tratada de forma menos favorable que outra en situación análoga por razón de sexo e existirá discriminación indirecta cando unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutra poida ocasionar unha desvantaxe particular a unha persoa*

respecto a outras por razón de sexo, salvo que se poidan xustificar obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para a consecución desta finalidade sexan adecuados e lexítimos."

Especialmente importante é a protección dispensada á maternidade (artigo 3), entendida como unha necesidade social que os poderes públicos galegos asumen e recoñecen politicamente. Sendo a maternidade un ben insubstituíble, todas as cargas e coidados que supón, a gravidez, o parto, a crianza, a socialización dos fillos, deben recibir axuda directa das institucións públicas galegas, co fin de non constituír discriminación gravosa para as mulleres. Neste sentido, a Xunta de Galicia aplicará todas as súas competencias para conseguir que se materialice, na práctica, o principio mencionado e a maternidade deixe de ser carga exclusiva das nais e motivo de discriminación para as mulleres.

O artigo 4 sinala que *"para o efecto de promover a igualdade entre mulleres e homes, non se considerarán discriminatorias as medidas especiais encamiñadas a acelerar a igualdade de oportunidades entre mulleres e homes, sen que, en ningún caso, estas medidas poidan supor, como consecuencia práctica, o mantemento de regulacións separadas. As medidas de acción positiva manteranse mentres non estean plenamente logrados os obxectivos de igualdade de oportunidades."*

Segundo o artigo 6, *"coa dobre finalidade de promover a igualdade e eliminar as discriminacións entre mulleres e homes, a Xunta de Galicia integrará a dimensión da igualdade de oportunidades na elaboración, execución e seguimento de todas as políticas e de todas as accións desenvolvidas no exercicio das competencias asumidas de conformidade co Estatuto de autonomía para Galicia.*

Na aplicación dese principio de integración da dimensión da igualdade de oportunidades na elaboración, execución e seguimento de todas as políticas e de todas as accións da súa competencia, ou principio de transversalidade, a Xunta de Galicia establece como criterios xerais da súa actuación:

a) O fomento da colaboración entre os diversos suxeitos implicados na igualdade de oportunidades, trátase de suxeitos públicos de ámbito internacional, comunitario, estatal,

autonómico, provincial ou local, ou trátase de suxeitos privados, como os partidos políticos, os sindicatos de traballadores ou traballadoras, as asociacións de empresariado ou os colexios profesionais e, especialmente, a colaboración fomentárase con relación ás asociacións e grupos de mulleres. A colaboración tamén se fomentará no campo das relacións entre os diversos organismos administrativos integrados na Xunta de Galicia.

b) A consecución da igualdade de oportunidades na política económica, laboral e social, buscando, en especial, a supresión das diferenzas salariais por razón de sexo e o fomento do emprego feminino por conta propia ou allea.

c) A conciliación do emprego e da vida familiar das mulleres e dos homes e o fomento da individualización dos dereitos tendentes a esa conciliación.

d) O fomento dunha participación equilibrada das mulleres e dos homes na toma de decisións e a elaboración de estratexias para o empoderamento das mulleres.

e) A garantía da dignidade das mulleres e homes, con especial incidencia na adopción de accións tendentes á erradicación de todas as formas de violencia de xénero -violencia doméstica, delitos sexuais, acoso sexual, explotación sexual-.

f) A garantía do exercicio dos dereitos das mulleres, a través, entre outras medidas, da difusión de información sobre a igualdade de oportunidades e da colaboración cos órganos xudiciais cando proceda segundo a lexislación.”

Como medidas de especial relevancia cómpre destacar:

- Informe sobre o impacto de xénero na elaboración das leis (artigo 7): aos proxectos de lei presentados no Parlamento galego pola Xunta de Galicia xuntárase un informe sobre o seu impacto de xénero elaborado polo Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller. De non se xuntar ou de se tratar dunha proposición de lei presentada no Parlamento galego, este requirirá, antes da discusión parlamentaria, a súa remisión á Xunta de Galicia, que ditaminará no prazo dun mes; transcorrido este prazo, a proposición seguirá o seu curso.

- Informe sobre o impacto de xénero na elaboración dos regulamentos (artigo 8): os regulamentos con repercusión en cuestións de xénero elaborados pola Xunta de Galicia tamén exixirán, antes da súa aprobación, a emisión dun informe sobre o seu impacto de xénero elaborado polo Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller. Este informe non será vinculante.

A lei aposta pola erradicación dos prexuízos nos centros docentes, por incentivar a formación de axentes e promotores de igualdade de mulleres e homes, garantir (a través dos medios de comunicación de titularidade autonómica, e promover a través daqueles en que participe ou subvencione), condicionando a efectividade da subvención, a emisión de programas tendentes a erradicar todas as formas de violencia de xénero; e realizará, de forma periódica, campañas institucionais de sensibilización contra a violencia de xénero. Ademais, a Xunta de Galicia promoverá o acceso de mulleres e de homes ás novas tecnoloxías en condicións de igualdade de oportunidades e a transmisión, a través dos contidos das novas tecnoloxías, dunha imaxe igualitaria, plural e non estereotipada das funcións das mulleres e dos homes na sociedade; e apostará por un uso non sexista da linguaxe, coa finalidade de mellorar o benestar das familias e de facilitar a incorporación e a permanencia das mulleres no mercado laboral. A Xunta de Galicia asume unha política de socialización das cargas parentais e familiares, instrumentada a través dun Plan integral de apoio á familia, o cal incluírá, entre outras medidas: a ampliación da rede pública de gardarías, subvencionando o acceso dos fillos e fillas de familias con escasos recursos económicos; a atención nos colexios públicos a menores de doce anos en horarios máis extensos respecto aos lectivos, en colaboración coas asociacións de nais e pais do alumnado; a implantación de servizos de comedor nas gardarías e colexios públicos, en colaboración coas asociacións de nais e pais do alumnado, así como a dotación de servizo de acompañante no transporte escolar dos menores de seis anos, a creación de gardarías e de escolas infantís dentro ou preto de parques empresariais, o fomento de medidas de apoio a familias con persoas dependentes, con especial atención á terceira idade, mediante centros adecuados á satisfacción das diferentes necesidades e/ou asistencia domiciliaria, medidas fiscais de apoio á familia accesibles, mediante sistemas substitutivos, a favor de quen non teña a obriga de declarar.

A Administración pública galega fomentará, a través das medidas contidas nos seguintes artigos deste capítulo, a composición equilibrada entre os sexos do persoal funcionario, eventual, interino, estatutario ou laboral ao seu servizo, tanto a nivel global como a nivel de cada corpo, escala, grupo ou categoría e, en especial, fomentará o acceso das mulleres aos postos de grao superior e, para estes efectos, as medidas contidas nos seguintes artigos deste capítulo aplicaranse tamén nas probas de promoción interna. A Administración pública galega garantirá tamén a igualdade de retribucións salariais e extrasalariais entre mulleres e homes no ámbito do emprego público para satisfacer o principio de igual retribución por traballo de igual valor.

O artigo 39 sinala que *"Para alcanzar unha plena eficacia do principio de igual retribución por traballo de igual valor realizaranse valoracións técnicas a cargo de persoal especializado das prazas de funcionarios e funcionarias e/ou dos postos de traballadores e traballadoras cando nos corpos, escalas, grupos ou categorías obxecto de comparación se observe nun a predominancia de mulleres e noutro a predominancia de homes. A existencia de predominancia, para os efectos do anterior punto, entenderase cando no corpo, escala, grupo ou categoría exista unha diferenza porcentual de, polo menos, vinte puntos entre o número de mulleres e o número de homes."*

Cómpre destacar como pedra de toque desta lei a regulación dos dereitos da muller para lograr a conciliación da vida familiar e laboral, no seu artigo 41 e seguintes:

Segundo o artigo 42, *"a Administración pública galega, mediante as axudas que se establezan, recoñece ao persoal ao seu servizo o complemento de ata o cento por cento da base reguladora do subsidio económico por risco durante o embarazo, recoñecéndoo mesmo cando a traballadora non reúna as exixencias para acceder ao subsidio económico de risco durante o embarazo. Así mesmo, e aínda cando a traballadora non reúna as exixencias para acceder ao subsidio económico por maternidade, garantirase a percepción do cento por cento da súa base reguladora durante o período das seis semanas desde o nacemento do fillo ou filla"*. Segundo o artigo 42.bis, *"a Administración pública galega recoñece ao persoal ao seu servizo un permiso retribuído para tratamentos de fecundación asistida polo tempo necesario para a súa práctica, con aviso previo e xustificación da*

necesidade de realización dentro da xornada de traballo. De ser necesario un desprazamento, o permiso será de dous días” . O artigo 42.ter regula o crédito de horas substitutivas do permiso de lactación; o artigo 43 regula a preferencia na elección do período de vacacións e o artigo 44 ocúpase da flexibilidade horaria da xornada por motivos familiares.

A Administración pública galega comprométese tamén, segundo o artigo 47, na erradicación, dentro do persoal ao seu servizo, do acoso moral por razón de xénero. Para os efectos da presente lei, este defínese como calquera acción ou omisión relacionada co xénero e, en especial, coas situacións de maternidade ou de asunción doutras cargas familiares que teñan como finalidade ou como consecuencia atentar contra a dignidade da persoa, sexa muller ou home, a través da creación dun contorno intimidatorio, hostil, humillante ou ofensivo, etc.

En segundo lugar, hai que referirse á Lei 2/2007, do 28 marzo, que aproba as normas reguladoras do traballo en igualdade das mulleres de Galicia. O artigo 1 sinala que: “1. *A presente lei ten por obxecto a integración da dimensión da igualdade de oportunidades entre mulleres e homes nas competencias autonómicas sobre emprego e relacións laborais.*

2. O exercicio das competencias autonómicas sobre emprego e relacións laborais rexerase pola aplicación transversal do principio de igualdade.

3. Fomentarase a colaboración entre os diversos suxeitos implicados na igualdade de oportunidades, trátase de suxeitos públicos a nivel internacional, comunitario, estatal, autonómico, provincial ou local, ou trátase de suxeitos privados, como os sindicatos de traballadores e traballadoras, as asociacións de empresarios e empresarias ou os colexios de profesionais e, especialmente, a colaboración fomentarase con relación ás asociacións e grupos que compoñen o movemento de mulleres.”

O artigo 2 dispón que “a Xunta de Galicia integrará a dimensión de igualdade de oportunidades entre mulleres e homes, tanto dentro do ámbito do emprego privado como dentro do ámbito do emprego público, na elaboración, execución e seguimento de todas

as políticas e todas as accións no exercicio das competencias asumidas en relación co acceso ao emprego, incluso ao traballo por conta propia, a formación profesional, a promoción profesional, as condicións de traballo -incluídas as retributivas- e a afiliación e participación nas organizacións sindicais e empresariais ou en calquera organización cuxas e cuxos membros exerzan unha profesión concreta, incluídas as prestacións que se concedan. Ese labor de integración corresponderá aos departamentos da Administración autonómica competentes en materia de traballo e de función pública, coa colaboración do departamento da Administración autonómica competente en materia de igualdade"

O artigo 5 afirma que *"Con vistas ao exercicio dos dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, como manifestación do dereito das mulleres e homes á libre configuración do seu tempo, promoverase a corresponsabilidade a través da repartición entre mulleres e homes das obrigas familiares, das tarefas domésticas e do coidado de persoas dependentes mediante a individualización dos dereitos e o fomento da súa asunción por parte dos homes e a prohibición de discriminación baseada no seu libre exercicio"*.

O artigo 7 regula a unidade administrativa de igualdade do departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo e sinala que *estará adscrita á súa secretaría xeral, coordinada e vinculada funcionalmente co departamento da Administración autonómica competente en materia de igualdade. Esta unidade estará dotada de persoal funcionario ou laboral con experiencia e formación acreditada en materia de igualdade entre mulleres e homes.*

O artigo 9 ocúpase dos plans de igualdade e sinala que *"os plans de igualdade das empresas son un conxunto ordenado de medidas, adoptadas despois de se ter realizado un diagnóstico da realidade desde a perspectiva de xénero, tendentes a alcanzar na totalidade dos ámbitos da empresa o obxectivo da igualdade entre mulleres e homes e a eliminación da discriminación por razón de sexo, as cales deben comprender:*

1.º) A fixación de obxectivos concretos de igualdade dentro duns prazos de tempo razoables, especificando os indicadores do cumprimento dos obxectivos e identificando os órganos ou persoas responsables.

2.º) Un código das boas prácticas necesarias ou convenientes para alcanzar os obxectivos asumidos a través da integración da dimensión de igualdade na organización do traballo e na xestión empresarial.

3.º) O establecemento de sistemas eficaces de control interno e avaliación externa sobre cumprimento dos obxectivos, así como de mecanismos de readaptación deses obxectivos en función dos resultados obtidos."

O artigo 11 establece que *"os plans de igualdade serán obrigatorios para a Administración autonómica, os seus organismos autónomos, as sociedades públicas, as fundacións do sector público autonómico, as entidades de dereito público vinculadas ou dependentes da comunidade autónoma e os organismos con dotación diferenciada nos orzamentos da comunidade autónoma que, carecendo de personalidade xurídica, non estean formalmente integrados na Administración da Comunidade Autónoma e tamén serán obrigatorios nos termos pactados cando se estableza nun convenio colectivo de ámbito superior á empresa con respecto ás empresas incluídas no seu ámbito de aplicación ou nun convenio de empresa de calquera ámbito"*.

O artigo 13, pola súa parte, establece que *"as empresas poderán asumir accións de responsabilidade social coa finalidade de mellorar a situación de igualdade entre as mulleres e homes. Tales accións poderán ser asumidas en virtude dunha libre decisión da empresa ou en virtude dun compromiso adquirido coa representación legal de traballadores e traballadoras, con calquera organismo público e, en especial, co departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo ou co departamento da Administración autonómica competente en materia de igualdade, con asociacións de mulleres ou con organizacións non gobernamentais implicadas na igualdade de trato entre mulleres e homes, accións de responsabilidade social, a través de medidas económicas, comerciais, laborais, sindicais, asistenciais ou doutra índole, coa finalidade de mellorar a situación de igualdade entre as mulleres e homes no seu contorno social."*

En canto ás empresas con consellos de administración domiciliadas en Galicia, o artigo 15 establece que estas remitirán, dentro do mes de xaneiro de cada ano natural, información

desagregada por sexos sobre a composición dos seus consellos de administración ao departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo. Calquera outra empresa con axencia, sucursal, delegación ou calquera outra representación en Galicia, voluntariamente, poderá remitir tal información ao departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo.

A lei regula, nos seus artigos 16 e seguintes, a Marca galega de excelencia en igualdade. Así, segundo o artigo 16, *"a Marca galega de excelencia en igualdade é un distintivo a través do cal a Xunta de Galicia recoñece aquelas empresas que destaquen na aplicación das políticas de igualdade."*

Poderán optar á cualificación de Marca galega de excelencia en igualdade, para os seus produtos ou os seus servizos, as empresas, sexan de capital privado ou de capital público, que teñan o seu domicilio en Galicia ou con axencia, sucursal, delegación ou calquera outra representación en Galicia, sempre que, asemade, contratasen persoal en Galicia. Para obter a Marca galega de excelencia en igualdade, as empresas deberán presentar no departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo un balance sobre os parámetros da igualdade real existente na súa organización e no seu funcionamento con respecto ás relacións de traballo e á publicidade dos produtos e servizos prestados pola empresa".

Do mesmo modo, o artigo 21 sinala que *"a Alianza Cooperativa Internacional establece que as cooperativas están baseadas nos valores da autoaxuda, autorresponsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade; por tanto, en consonancia con estes principios e coa consideración entre eles da igualdade e da non discriminación como valor fundamental, os socios e socias das sociedades cooperativas galegas teñen as mesmas obrigas e dereitos, produto da aplicación, tanto polos poderes públicos como entre os suxeitos privados, da Lei 5/1998, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia".*

A lei aposta tamén pola promoción da igualdade no ámbito da negociación colectiva e das relacións colectivas de traballo e sinala no seu artigo 22.1 que *"a Comisión consultiva autonómica para a igualdade entre mulleres e homes na negociación colectiva, adscrita*

organicamente ao Consello Galego de Relacións Laborais, é un órgano de asesoramento, control e promoción da igualdade por razón de xénero na negociación colectiva galega.”

Destaca tamén o establecido polo artigo 26, que dispón que: “No exercicio das competencias de control de legalidade dos convenios colectivos establecidas no artigo 90 do Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, o departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo solicitará un informe á Comisión consultiva autonómica para a igualdade entre mulleres e homes na negociación colectiva. A impugnación de oficio dos convenios colectivos que conteñan cláusulas discriminatorias ou atenten contra o principio de igualdade de oportunidades será realizada polo departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo, de acordo co establecido na lexislación vixente.”

Pola súa parte, o título IV establece a integración da igualdade no emprego e, en concreto, na formación profesional e nas políticas activas de emprego, e prevé que en calquera actividade formativa se poderán implantar medidas de acción positiva, se introducirán contidos obrigatorios sobre igualdade de oportunidades e sobre corresponsabilidade familiar e doméstica, con profesorado especializado e, en todo caso, se fomentará a conciliación da vida persoal, familiar e laboral do alumnado, no ámbito de actuación do departamento da Administración autonómica competente en materia de traballo. As actividades formativas procurarán acomodar os seus horarios e a súa localización ás necesidades de conciliación da vida persoal, familiar e formativa do alumnado a que estean dirixidas.

No título V, sobre integración da igualdade na política preventiva de riscos laborais, pretenden evitarse desigualdades na prevención, promovendo a realización de estudos estatísticos que permitan dispor de datos desagregados por sexo no ámbito da saúde laboral, estudando accidentes de traballo e enfermidades profesionais manifestadas sobre un dos sexos, investigando a influencia da situación de mulleres e homes na familia con relación ás enfermidades laborais, establecendo formación específica en materia de saúde laboral e prevención de riscos desde a perspectiva de xénero e adaptando equipamentos

de protección, circunstancias do posto de traballo e condicións da súa execución aos diversos condicionantes de xénero.

O título VI regula os bancos municipais de tempo e os plans de programación do tempo da cidade, medidas cuxa xestión será municipal e contarán co apoio do departamento da Administración autonómica con competencias en materia de traballo, coas cales se pretende mellorar a conciliación da vida persoal, familiar e laboral.

O título VII regula o Consello galego de participación das mulleres no ámbito do emprego e das relacións laborais, órgano de participación mediante unha canle de libre adhesión das asociacións de mulleres, onde se integrarán as secretarías da muller dos sindicatos e da Confederación de Empresarios e Empresarias de Galicia e con representación do departamento da Administración autonómica competente en materia de igualdade, determinándose as súas competencias, as súas normas de funcionamento e a forma de adhesión a el, así como as formas de financiamento para o seu funcionamento.

Dentro da normativa autonómica, hai que citar tamén, en terceiro lugar, o Decreto 33/2007, do 1 marzo, que crea a Unidade de Muller e Ciencia de Galicia. Esta unidade terá como finalidade incrementar a presenza da muller nos ámbitos científico e tecnolóxico de Galicia. As súas actuacións irán encamiñadas, nunha perspectiva integral, a promover a eliminación dos desequilibrios que poidan existir no relativo á formación científica, no ámbito da investigación e innovación e na xestión da I+D+i, así como a situar nos estudos e actividades científicas a perspectiva de xénero nun primeiro plano.

O Decreto 33/2009, do 21 xaneiro, que regula a promoción da igualdade nas empresas e a integración do principio de igualdade nas políticas de emprego, no seu artigo 1 sinala que: *"O obxecto do decreto é o desenvolvemento regulamentario das medidas de igualdade nas empresas de Galicia previstas no título II da Lei 2/2007, do 28 de marzo, do traballo en igualdade das mulleres de Galicia, así como o desenvolvemento regulamentario das medidas para a integración do principio de igualdade nas políticas de emprego, recollidas no título IV da mesma lei.*

A Lei 5/2010, do 23 de xuño, pola que se establece e regula unha rede de apoio á muller embarazada, é o resultado dunha iniciativa lexislativa popular promovida por miles de galegas e galegos. Esta iniciativa supón unha chamada de atención sobre o difícil que lles pode resultar a determinadas mulleres levar adiante o embarazo.

E a Lei 30/2003, do 13 de outubro, sobre medidas para incorporar a valoración do impacto de xénero nas disposicións normativas que elabore o Goberno.

3. POLÍTICAS CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO. A LEI 1/2004 DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA A VIOLENCIA DE XÉNERO.

A Resolución do Parlamento Europeo, do 26 de novembro de 2009, sobre a eliminación da violencia contra a muller, insta os Estados membros a que melloren as súas lexislacións e políticas nacionais destinadas a combater todas as formas de violencia contra a muller, en particular a través do desenvolvemento de plans globais de acción de ámbito nacional contra a violencia practicada contra as mulleres baseados nunha análise das implicacións da violencia contra as mulleres na igualdade de xénero e nas obrigas dos Estados membros derivadas de tratados internacionais para eliminar todas as formas de discriminación contra as mulleres, e que inclúan medidas concretas destinadas a previr a violencia masculina, protexer as vítimas e perseguir os autores

Antes da dita resolución, en España ditouse a **Lei orgánica 1/2004, do 28 de decembro, de medidas de protección integral contra a violencia de xénero**. Esta lei foi pioneira e intenta abarcar, tal e como se explica na súa exposición de motivos, os aspectos preventivos, educativos, sociais, asistenciais e de atención posterior ás vítimas, como a normativa civil que incide no ámbito familiar ou de convivencia onde principalmente se producen as agresións, así como o principio de subsidiariedade nas administracións públicas. Igualmente, abórdase con decisión a resposta punitiva que deben recibir todas as manifestacións de violencia que esta lei regula.

O artigo 1.1 dispón que: *"A presente lei ten por obxecto actuar contra a violencia que, como manifestación da discriminación, da situación de desigualdade e das relacións de poder dos homes sobre as mulleres, exercen sobre estas aqueles que sexan ou foron os*

seus cónxuxes ou aqueles que estean ou estiveron ligados a elas por relacións similares de afectividade, mesmo sen convivencia."

Ao longo de cinco títulos, a lei prevé:

O título I ocúpase das **medidas de sensibilización, prevención e detección nos ámbitos educativo, sanitario, da publicidade e dos medios de comunicación**. O artigo 3 dispón que, *de maneira inmediata á entrada en vigor desta lei, coa conseguinte dotación orzamentaria, se porá en marcha un Plan nacional de sensibilización e prevención da violencia de xénero e se impulsarán, ademais, campañas de información e sensibilización específicas co fin de previr a violencia de xénero*.

No **ámbito educativo**, o artigo 4 di que *"o sistema educativo español incluírá entre os seus fins a formación no respecto dos dereitos e das liberdades fundamentais e da igualdade entre homes e mulleres, así como no exercicio da tolerancia e da liberdade dentro dos principios democráticos de convivencia."* O artigo 5. Escolarización inmediata en caso de violencia de xénero: *"As administracións competentes deberán prever a escolarización inmediata dos fillos que se vexan afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de xénero."*

No **ámbito da publicidade e dos medios de comunicación**, o artigo 14 dispón que: *"Os medios de comunicación fomentarán a protección e salvagarda da igualdade entre home e muller, evitando toda discriminación entre eles."*

No **ámbito sanitario**, o artigo 15 dispón que: *"As administracións sanitarias, no seo do Consello Interterritorial do Sistema Nacional de Saúde, promoverán e impulsarán actuacións dos profesionais sanitarios para a detección precoz da violencia de xénero e proporán as medidas que xulguen necesarias co fin de optimizar a contribución do sector sanitario na loita contra este tipo de violencia"*

O título II regula os **dereitos das mulleres vítimas de violencia de xénero**, entre os que se contan:

-Dereito á información. Artigo 18: *"As mulleres vítimas de violencia de xénero teñen dereito a recibir plena información e asesoramento adecuado á súa situación persoal, a través dos servizos, organismos ou oficinas que poidan dispor as administracións públicas".*

- Dereito á **asistencia social integral.** Artigo 19: *"As mulleres vítimas de violencia de xénero teñen dereito a servizos sociais de atención, de emerxencia, de apoio e acollida e de recuperación integral. A organización destes servizos por parte das comunidades autónomas e das corporacións locais responderá aos principios de atención permanente, actuación urxente, especialización de prestacións e multidisciplinariedade profesional".*

-Dereito á asistencia xurídica gratuíta. Artigo 20: *"as vítimas de violencia de xénero teñen dereito a recibir asesoramento xurídico gratuíto no momento inmediatamente previo á interposición da denuncia e á defensa e representación gratuítas por avogado e procurador en todos os procesos e procedementos administrativos que teñan causa directa ou indirecta na violencia padecida. Nestes supostos, unha mesma dirección letrada deberá asumir a defensa da vítima, sempre que con iso se garanta debidamente o seu dereito de defensa. Este dereito asistirá tamén os habentes causa en caso de falecemento da vítima, sempre que non fosen partícipes nos feitos. En todo caso, garantirase a defensa xurídica, gratuíta e especializada de forma inmediata a todas as vítimas de violencia de xénero que o soliciten. (...) Igualmente, os colexios de avogados adoptarán as medidas necesarias para a designación urxente de letrado de oficio nos procedementos que se sigan por violencia de xénero".*

-Dereitos laborais e prestacións da Seguridade Social. Artigo 21: *"1. A traballadora vítima de violencia de xénero terá dereito, nos termos previstos no Estatuto dos traballadores, á redución ou á reordenación do seu tempo de traballo, á mobilidade xeográfica, ao cambio de centro de traballo, á suspensión da relación laboral con reserva de posto de traballo e á extinción do contrato de traballo. 2. Nos termos previstos na Lei xeral de seguridade social, a suspensión e a extinción do contrato de traballo previstas no punto anterior darán lugar a situación legal de desemprego. O tempo de suspensión considerárase como período de cotización efectiva para efectos das prestacións da*

Seguridade Social e de desemprego. 3. As empresas que formalicen contratos de interinidade para substituír traballadoras vítimas de violencia de xénero que suspendesen o seu contrato de traballo ou exercesen o seu dereito á mobilidade xeográfica ou ao cambio de centro de traballo, terán dereito a unha bonificación do 100 por 100 das cotas empresariais á Seguridade Social;

-Dereitos das funcionarias públicas. Artigo 24: *"A funcionaria vítima de violencia de xénero terá dereito á redución ou á reordenación do seu tempo de traballo, á mobilidade xeográfica de centro de traballo e á excedencia nos termos que se determinen na súa lexislación específica. A recente Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia, establece no seu artigo 82. "Mobilidade por razón de violencia de xénero. As mulleres vítimas de violencia de xénero que se vexan obrigadas a abandonar o posto de traballo na localidade onde viñan prestando os seus servizos para facer efectiva a súa protección ou o dereito á asistencia social integral, terán dereito ao traslado a outro posto de traballo propio do seu corpo, escala ou categoría profesional, de análogas características, sen necesidade de que sexa vacante de necesaria cobertura. Aínda así, en tales supostos a Administración pública competente estará obrigada a comunicarlle as vacantes situadas na mesma localidade ou nas localidades que a interesada expresamente solicite. Este traslado terá a consideración de traslado forzoso."*

-Dereitos económicos. Artigo 27: *"Cando as vítimas de violencia de xénero carezan de rendas superiores, en cómputo mensual, ao 75 por 100 do salario mínimo interprofesional, excluída a parte proporcional de dúas pagas extraordinarias, recibirán unha axuda de pagamento único, sempre que se presuma que debido á súa idade, falta de preparación xeral ou especializada e circunstancias sociais, a vítima terá especiais dificultades para obter un emprego e por tal circunstancia non participará nos programas de emprego establecidos para a súa inserción profesional". Ademais, terán a consideración de colectivos prioritarios no acceso a vivendas protexidas e residencias públicas para maiores, nos termos que determine a lexislación aplicable, de acordo co artigo 28.*

O título III regula a tutela institucional, con catro elementos fundamentais:

- Artigo 29. A Delegación Especial do Goberno contra a Violencia sobre a Muller, adscrita ao Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, formulará as políticas públicas en relación coa violencia de xénero que desenvolverá o Goberno e coordinará e impulsará cantas accións se realicen na dita materia, traballando en colaboración e coordinación coas administracións con competencia na materia.
- Artigo 30. Constituirase o **Observatorio Estatal de Violencia sobre a Muller**, como órgano colexiado adscrito ao Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, ao cal corresponderá o asesoramento, a avaliación, a colaboración institucional, a elaboración de informes e estudos e propostas de actuación en materia de violencia de xénero. Estes informes, estudos e propostas considerarán de forma especial a situación das mulleres con maior risco de sufrir violencia de xénero ou con maiores dificultades para acceder aos servizos. En calquera caso, os datos contidos en tales informes, estudos e propostas consignaranse desagregados por sexo.
- Artigo 31. O Goberno establecerá, nas **forzas e corpos de seguridade do Estado**, unidades especializadas na prevención da violencia de xénero e no control da execución das medidas xudiciais adoptadas.
- Artigo 32. Os poderes públicos elaborarán **plans de colaboración** que garantan a ordenación das súas actuacións na prevención, asistencia e persecución dos actos de violencia de xénero, que deberán implicar as administracións sanitarias, a Administración de xustiza, as forzas e os corpos de seguridade e os servizos sociais e organismos de igualdade.

O título IV ocúpase da tutela penal e modifica os artigos do Código penal referidos á suspensión e substitución de penas; aos delitos de lesións, malos tratos, ameazas e coaccións; ao quebrantamento de condena; ás vexacións leves e á administración penitenciaria.

O título V regula a tutela xudicial e crea os xulgados de violencia sobre a muller e o fiscal contra a violencia sobre a muller; modifica as leis de axuízamento civil e penal e as medidas xudiciais de protección e de seguridade das vítimas.

O Real decreto 233/2005, do 4 de marzo, polo que se dispón a creación e constitución de xulgados de violencia sobre a muller correspondentes á programación do ano 2005, cuxa exposición de motivos sinala que “o Goberno, de acordo co disposto no artigo 46 ter da Lei 38/1988, do 28 de decembro, de demarcación e de planta xudicial, procederá de forma gradual á creación e constitución dos xulgados de violencia sobre a muller, así como á compatibilización de xulgados de instrución ou de xulgados de primeira instancia e instrución, de ser o caso, para a plena efectividade da planta correspondente aos xulgados de violencia sobre a muller.”

Polo que respecta á Comunidade Autónoma de Galicia, o artigo 4 de Estatuto de autonomía para Galicia sinala que corresponde aos poderes públicos galegos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integran sexan reais e efectivas, remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación das galegas e dos galegos na vida política, económica, cultural e social; e de conformidade co artigo 27.23 do Estatuto de autonomía, a Comunidade Autónoma de Galicia ten competencias exclusivas en materia de asistencia social. Ao abeiro desas competencias dítase a Lei de violencia de xénero de Galicia, Lei 11/2007, do 27 de xullo. Constitúe o obxecto da presente lei a adopción en Galicia de medidas integrais para a sensibilización, prevención e tratamento da violencia de xénero, así como a protección e o apoio ás mulleres que a sofren. O artigo 2 dispón que as medidas recollidas na presente lei serán de aplicación a todas as mulleres que vivan, residan ou traballen en Galicia e que se encontren nunha situación de violencia de xénero, así como ás súas fillas e fillos e a outras persoas dependentes delas, vítimas directas e indirectas.

Segundo o artigo 3 desta lei, considéranse formas de violencia de xénero, a violencia física, psicolóxica, económica, sexual e o acoso sexual.

O artigo 5 regula a acreditación da situación de violencia de xénero e sinala que: “*Para os efectos da presente lei, a situación de violencia acreditarase de calquera das seguintes formas:*

- a) Certificación da orde de protección ou da medida cautelar, ou testemuño ou copia autenticada pola secretaria ou polo secretario xudicial da propia orde de protección ou da medida cautelar.*
- b) Sentenza de calquera orde xurisdiccional que declare que a muller sufriu violencia en calquera das modalidades definidas na presente lei.*
- c) Certificación e/ou informe dos servizos sociais e/ou sanitarios da Administración pública autonómica ou local.*
- d) Certificación dos servizos de acollida da Administración pública autonómica ou local.*
- e) Informe do Ministerio Fiscal que indique a existencia de indicios de violencia.*
- f) Informe da Inspección de Traballo e da Seguridade Social.*
- g) Calquera outra que se estableza regulamentariamente.”*

No título I régulanse as **medidas de prevención da violencia de xénero**. Ao longo dos tres capítulos deste título abórdanse, en primeiro lugar, as medidas precisas para unha adecuada sensibilización social fronte a este problema, así como o papel primordial que deben cumprir os medios de comunicación social neste ámbito; en segundo lugar, as medidas de investigación e formación; e, en terceiro lugar, as medidas que se deben adoptar no ámbito da educación regrada, entre as cales cabe destacar a revisión e adaptación do currículo educativo.

O título II regula as **accións dos poderes públicos e das e dos profesionais precisas para protexer e asistir as mulleres que sofren violencia de xénero**. Para iso, garántese unha asistencia sanitaria, xurídica, social e psicolóxica integral ás mulleres que sufran violencia. Os dispositivos de alarma (teleasistencia) e os programas de reeducación son tamén instrumentos básicos para protexer aquelas que sufran violencia.

Agora ben, todas estas medidas non son suficientes se ao final as vítimas carecen dos recursos precisos para iniciar unha nova vida en liberdade e afastada dos seus agresores. Con este fin, e seguindo o camiño aberto pola prestación periódica de apoio ás mulleres que sofren violencia de xénero (salario da liberdade), non só se regulan prestacións económicas, senón tamén un proceso abreviado para a obtención da Risga e axudas escolares para as fillas e os fillos que sufrisen violencia no seu contorno. Co mesmo fin, créase o Fondo Galego de Garantía de Indemnizacións e establécense accións en materia de acceso a unha vivenda digna.

O título III **dedícase á organización do sistema de protección e asistencia integral e especializada fronte á violencia de xénero**. Nese ámbito cabe destacar a creación do Centro de Recuperación Integral para Mulleres que sofren Violencia de Xénero e das oficinas de información ás vítimas dos delitos.

MANUEL FUERTES CARBALLEIRA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 38

DISCAPACIDADE. A DEFINICIÓN DE DISCAPACIDADE SEGUNDO A ORGANIZACIÓN MUNDIAL DA SAÚDE. REAL DECRETO LEXISLATIVO 1/2013, DO 29 DE NOVEMBRO, POLO QUE SE APROBA O TEXTO REFUNDIDO DA LEI XERAL DE DEREITOS DAS PERSOAS CON DISCAPACIDADE E DA SÚA INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSOA CON DISCAPACIDADE E DEREITOS. A NORMATIVA REGULADORA DO PROCEDEMENTO PARA O RECOÑECEMENTO, A DECLARACIÓN E A CUALIFICACIÓN DO GRAO DE DISCAPACIDADE.

TEMA 38. DISCAPACIDADE. A DEFINIÇÃO DE DISCAPACIDADE SEGUNDO A ORGANIZACIÓN MUNDIAL DA SAÚDE. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DO 29 DE NOVEMBRO, POLO QUE SE APROBA O TEXTO REFUNDIDO DA LEI XERAL DE DEREITOS DAS PERSOAS CON DISCAPACIDADE E DA SÚA INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSOA CON DISCAPACIDADE E DEREITOS. A NORMATIVA REGULADORA DO PROCEDEMENTO PARA O RECOÑECIMENTO, A DECLARACIÓN E A CUALIFICACIÓN DO GRAO DE DISCAPACIDADE.

1. DISCAPACIDADE. DEFINIÇÃO DE DISCAPACIDADE CONFORME A ORGANIZACIÓN MUNDIAL DA SAÚDE.

Segundo a Organización Mundial da Saúde, a discapacidade é un termo xeral que abrangue as deficiencias, as limitacións da actividade e as restricións da participación. As deficiencias son problemas que afectan unha estrutura ou función corporal; as limitacións da actividade son dificultades para executar accións ou tarefas, e as restricións da participación son problemas para participar en situacións vitais. Por conseguinte, a discapacidade é un fenómeno complexo que reflicte unha interacción entre as características do organismo humano e as características da sociedade en que vive.

Segundo o Informe mundial sobre a discapacidade da Organización Mundial da Saúde e do Banco Mundial, a discapacidade forma parte da condición humana: case todas as persoas sufrirán algún tipo de discapacidade transitoria ou permanente nalgún momento da súa vida, e as que cheguen á senilidade experimentarán dificultades crecentes de funcionamento. A discapacidade é complexa, e as intervencións para superar as desvantaxes asociadas a ela son múltiples, sistémicas e varían segundo o contexto.

Este informe reúne a mellor información dispoñible sobre a discapacidade co fin de mellorar a vida das persoas con discapacidade e facilitar a aplicación da Convención sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade (CDPD), aprobada polas Nacións Unidas en 2006, que pretende "promover, protexer e asegurar o gozo pleno e en condicións de igualdade de todos os dereitos humanos e liberdades fundamentais por todas as persoas

con discapacidade, e promover o respecto da súa dignidade inherente". A CDPD faise eco dun cambio importante na comprensión da discapacidade e nas respostas mundiais a este problema.

Neste informe ofréceselles aos gobernos e á sociedade civil unha análise exhaustiva da importancia da discapacidade e das respostas proporcionadas, baseado nas mellores probas dispoñibles, e recoméndase a adopción de medidas de alcance nacional e internacional.

A Clasificación internacional do funcionamento, da discapacidade e da saúde (CIF), adoptada como marco conceptual para o Informe, define a discapacidade como un termo xenérico que engloba deficiencias, limitacións de actividade e restricións para a participación. A discapacidade denota os aspectos negativos da interacción entre persoas cun problema de saúde (como parálise cerebral, síndrome de Down ou depresión) e factores persoais e ambientais (como actitudes negativas, transporte e edificios públicos inaccesibles, e falta de apoio social).

A Convención sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade foi ratificada por España mediante o Instrumento do 23 de novembro de 2007. Aprobada tras cinco anos de intensas negociacións, constitúe un fito lexislativo, pois non só é o primeiro tratado sobre dereitos humanos do século XXI, senón que marca o recoñecemento oficial da discapacidade como unha cuestión de dereitos humanos ao confirmar o cambio radical de paradigma: dun modelo médico/caritativo a un modelo de dereitos humanos/social.

O propósito da Convención é promover, protexer e asegurar o gozo pleno e en condicións de igualdade de todos os dereitos humanos e liberdades fundamentais por todas as persoas con discapacidade, e promover o respecto da súa dignidade inherente. É destacable o artigo 12, que se refire á capacidade xurídica das persoas, baixo a epígrafe: «Igual recoñecemento como persoa ante a lei», para establecer que os Estados parte reafirman que as persoas con discapacidade teñen dereito en todas partes ao recoñecemento da súa personalidade xurídica e que recoñecerán que as persoas con discapacidade teñen capacidade xurídica en igualdade de condicións coas demais en todos os aspectos da vida, así como que adoptarán as medidas pertinentes para proporcionar

acceso ás persoas con discapacidade ao apoio que poidan necesitar no exercicio da súa capacidade xurídica e asegurarán que en todas as medidas relativas ao exercicio da capacidade xurídica se proporcionen salvagardas adecuadas e efectivas para impedir os abusos, de conformidade co dereito internacional en materia de dereitos humanos. Esas salvagardas asegurarán que as medidas relativas ao exercicio da capacidade xurídica respecten os dereitos, a vontade e as preferencias da persoa, que non haxa conflito de intereses nin influencia indebida, que sexan proporcionais e adaptadas ás circunstancias da persoa, que se apliquen no prazo máis curto posible e que estean suxeitas a exames periódicos por parte dunha autoridade ou dun órgano xudicial competente, independente e imparcial. As salvagardas serán proporcionais ao grao en que as ditas medidas afecten os dereitos e intereses das persoas.

Dentro do noso ordenamento xurídico citamos o artigo 49 da Constitución, que dispón que: «*Os poderes públicos realizarán unha política de previsión, tratamento, rehabilitación e integración dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, aos que prestarán a atención especializada que requiran e ampararanos especialmente para que gocen dos dereitos que este título lles outorga a todos os cidadáns*». Por outro lado, no Código civil regúlase o tema da incapacitación nos artigos 199 a 201 da seguinte forma.

Artigo 199. *Ningún pode ser declarado incapaz senón por sentenza xudicial en virtude das causas establecidas na lei.*

Artigo 200. *Son causas de incapacitación as enfermidades ou deficiencias persistentes de carácter físico ou psíquico que lle impidan á persoa gobernarse por si mesma.*

Artigo 201. *Os menores de idade poderán ser incapacitados cando concorra neles causa de incapacitación e se prevexa razoablemente que esta persistirá despois da maioría de idade.*

Na Sentenza do Pleno da Sala do Civil do Tribunal Supremo, do 29 de abril de 2009 (XUR 2009, 218033), onde o Ministerio Fiscal cuestionaba se o actual sistema de incapacitación, rexido nos artigos 199 e 200 CC, é acorde coa expresada Convención sobre os dereitos das persoas con discapacidade, conclúese na adecuación ao sistema convencional

internacional, considerando dous requirimentos: 1º Que se teña sempre en conta que o incapaz segue a ser titular dos seus dereitos fundamentais e que a incapacitación é só unha forma de protección... e, 2º A incapacitación non é unha medida discriminatoria porque a situación merecedora da protección ten características específicas e propias.

2. REAL DECRETO 1/2013, DO 29 DE NOVIEMBRE, POLO QUE SE APROBA O TEXTO REFUNDIDO DA LEI XERAL DE DEREITOS DAS PERSOAS CON DISCAPACIDADE E DA SÚA INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSOA CON DISCAPACIDADE E DEREITOS.

Segundo o artigo 1, esta lei ten por obxecto:

a) Garantir o dereito á igualdade de oportunidades e de trato, así como o exercicio real e efectivo de dereitos por parte das persoas con discapacidade en igualdade de condicións respecto do resto de cidadáns e cidadás, a través da promoción da autonomía persoal, da accesibilidade universal, do acceso ao emprego, da inclusión na comunidade e na vida independente e da erradicación de toda forma de discriminación, conforme os artigos 9.2, 10, 14 e 49 da Constitución española e a Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade e os tratados e acordos internacionais ratificados por España.

b) Establecer o réxime de infraccións e sancións que garanten as condicións básicas en materia de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade.

Os principios da lei serán, segundo o seu artigo 3:

a) O respecto da dignidade inherente, a autonomía individual, incluída a liberdade de tomar as propias decisións, e a independencia das persoas.

b) A vida independente.

c) A non discriminación.

d) O respecto pola diferenza e a aceptación das persoas con discapacidade como parte da diversidade e da condición humanas.

- e) A igualdade de oportunidades.*
- f) A igualdade entre mulleres e homes.*
- g) A normalización.*
- h) A accesibilidade universal.*
- i) O deseño universal ou deseño para todas as persoas.*
- j) A participación e inclusión plenas e efectivas na sociedade.*
- k) O diálogo civil.*
- l) O respecto ao desenvolvemento da personalidade das persoas con discapacidade e, en especial, das nenas e dos nenos con discapacidade e do seu dereito a preservar a súa identidade.*
- m) A transversalidade das políticas en materia de discapacidade.*

Segundo o artigo 6, *O exercicio dos dereitos das persoas con discapacidade realizarase de acordo co principio de liberdade na toma de decisións.*

O artigo 7 establece que ***As persoas con discapacidade teñen os mesmos dereitos que os demais cidadáns conforme o noso ordenamento xurídico.***

2. Para facer efectivo este dereito á igualdade, as administracións públicas promoverán as medidas necesarias para que o exercicio en igualdade de condicións dos dereitos das persoas con discapacidade sexa real e efectivo en todos os ámbitos da vida.

3. As administracións públicas protexerán de forma especialmente intensa os dereitos das persoas con discapacidade en materia de igualdade entre mulleres e homes, saúde, emprego, protección social, educación, tutela xudicial efectiva, mobilidade, comunicación, información e acceso á cultura, ao deporte e ao ocio, así como de participación nos asuntos públicos, nos termos previstos neste título e demais normativa que sexa de aplicación.

4. Así mesmo, as administracións públicas protexerán de maneira singularmente intensa aquelas persoas ou grupos de persoas especialmente vulnerables á discriminación múltiple como as nenas, nenos e mulleres con discapacidade, maiores con discapacidade, mulleres con discapacidade vítimas de violencia de xénero, persoas con pluridiscapacidade ou outras persoas con discapacidade integrantes de minorías.

Artigo 8. Sistema especial de prestacións sociais e económicas para as persoas con discapacidade

1. A acción protectora do sistema especial de prestacións sociais e económicas para as persoas con discapacidade que, por non desenvolver unha actividade laboral, non están incluídas no campo de aplicación do Sistema da Seguridade Social, comprenderá:

a) Asistencia sanitaria e prestación farmacéutica.

b) Subsidio de mobilidade e compensación por gastos de transporte.

c) Recuperación profesional.

d) Rehabilitación e habilitación profesionais.

A seguir, desenvolvemos os dereitos que teñen as persoas con discapacidade.

- **Dereito á protección da saúde** Artigo 10. 1. As persoas con discapacidade teñen dereito á protección da saúde, incluíndo a prevención da enfermidade e a protección, promoción e recuperación da saúde, sen discriminación por motivo ou por razón de discapacidade, prestando especial atención á saúde mental e á saúde sexual e reprodutiva.

Artigo 11. Prevención de deficiencias e de intensificación de discapacidades

1. A prevención de deficiencias e de intensificación de discapacidades constitúe un dereito e un deber de todo cidadán e da sociedade no seu conxunto e formará parte das obrigas prioritarias do Estado no campo da saúde pública e dos servizos sociais. A prevención de deficiencias e de intensificación de discapacidades atenderá á diversidade das persoas con

discapacidade, dando un tratamento diferenciado segundo as necesidades específicas de cada persoa.

- Da **atención integral**. Artigo 13.

1. Enténdese por atención integral os procesos ou calquera outra medida de intervención dirixidos a que as persoas con discapacidade adquiren o seu máximo nivel de desenvolvemento e autonomía persoal, e a lograr e manter a súa máxima independencia, capacidade física, mental e social, e a súa inclusión e participación plena en todos os aspectos da vida, así como a obtención dun emprego adecuado.

2. Os programas de atención integral poderán comprender:

a) Habilitación ou rehabilitación médico-funcional.

b) Atención, tratamento e orientación psicolóxica.

c) Educación.

d) Apoio para a actividade profesional.

3. Estes programas deberán comezar na etapa máis temperá posible e basearse nunha avaliación multidisciplinar das necesidades e capacidades da persoa con discapacidade, así como das oportunidades do contorno, considerando as adaptacións ou adecuacións oportunas e os apoios á toma de decisións e á promoción da autonomía persoal.

4. As administracións públicas velarán polo mantemento duns servizos de atención adecuados, mediante a coordinación dos recursos e servizos de habilitación e rehabilitación nos ámbitos da saúde, o emprego, a educación e os servizos sociais, co fin de garantir ás persoas con discapacidade unha oferta de servizos e programas próxima, no contorno en que se desenvolva a súa vida, suficiente e diversificada, tanto en zonas rurais como urbanas.

- **Dereito á educación** Artigo 18. 1. As persoas con discapacidade teñen dereito a unha educación inclusiva, de calidade e gratuíta, en igualdade de condicións coas demais.

2. Corresponde ás administracións educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos os niveis educativos, así como o ensino ao longo da vida e garantir un posto escolar aos alumnos con discapacidade na educación básica, prestando atención á diversidade de necesidades educativas do alumnado con discapacidade, mediante a regulación de apoios e axustes razoables para a atención de quen precise unha atención especial de aprendizaxe ou de inclusión.

3. A escolarización deste alumnado en centros de educación especial ou unidades substitutorias destes só se levará a cabo cando excepcionalmente as súas necesidades non poidan ser atendidas no marco das medidas de atención á diversidade dos centros ordinarios e tomando en consideración a opinión dos padres ou tutores legais.

- **Dereito á vida independente** Artigo 22. Accesibilidade 1. As persoas con discapacidade teñen dereito a vivir de forma independente e a participar plenamente en todos os aspectos da vida. Para iso, os poderes públicos adoptarán as medidas pertinentes para asegurar a accesibilidade universal, en igualdade de condicións coas demais persoas, nos contornos, procesos, bens, produtos e servizos, o transporte, a información e as comunicacións, incluídos os sistemas e as tecnoloxías da información e as comunicacións, así como os medios de comunicación social e noutros servizos e instalacións abertos ao público ou de uso público, tanto en zonas urbanas como rurais.

Artigo 23 2. As condicións básicas de accesibilidade e non discriminación establecerán, para cada ámbito ou área, medidas concretas para previr ou suprimir discriminacións, e para compensar desvantaxes ou dificultades. Inclúiranse disposicións sobre, ao menos, os seguintes aspectos:

a) Exixencias de accesibilidade dos edificios e contornos, dos instrumentos, equipamentos e tecnoloxías, e dos bens e produtos utilizados no sector ou área. En particular, a supresión de barreiras ás instalacións e a adaptación de equipamentos e instrumentos, así como a súa apropiada sinalización.

b) Condicións máis favorables no acceso, participación e utilización dos recursos de cada ámbito ou área e condicións de non discriminación en normas, criterios e prácticas.

c) Apoios complementarios, tales como axudas económicas, produtos e tecnoloxías de apoio, servizos ou tratamentos especializados, outros servizos persoais, así como outras formas de apoio persoal ou animal. En particular, axudas e servizos auxiliares para a comunicación, como sistemas aumentativos e alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoios á comunicación oral e lingua de signos, sistemas de comunicación táctil e outros dispositivos que permitan a comunicación.

d) A adopción de normas internas nas empresas ou centros que promovan e estimulen a eliminación de desvantaxes ou situacións xerais de discriminación ás persoas con discapacidade, incluídos os axustes razoables.

e) Plans e calendario para a implantación das exixencias de accesibilidade e para o establecemento das condicións máis favorables e de non discriminación.

f) Recursos humanos e materiais para a promoción da accesibilidade e a non discriminación no ámbito de que se trate.

Artigo 28. Condicións básicas de accesibilidade e non discriminación no ámbito das relacións coas administracións públicas

1. As condicións básicas de accesibilidade e non discriminación que deberán reunir as oficinas públicas, dispositivos e servizos de atención ao cidadán e aqueles de participación nos asuntos públicos, incluídos os relativos á Administración de xustiza e á participación na vida política e nos procesos electorais, serán exixibles nos prazos e termos establecidos regulamentariamente.

Artigo 29. Condicións básicas de accesibilidade e non discriminación para o acceso e a utilización dos bens e servizos á disposición do público

1. Todas as persoas físicas ou xurídicas que, no sector público ou no privado, subministren bens ou servizos dispoñibles para o público, ofrecidos fóra do ámbito da vida privada e familiar, estarán obrigadas, nas súas actividades e nas transaccións conseguintes, ao cumprimento do principio de igualdade de oportunidades das persoas con discapacidade,

evitando discriminacións, directas ou indirectas, por motivo de ou por razón de discapacidade.

2. O previsto no número anterior non afecta a liberdade de contratación, incluída a liberdade da persoa de elixir outra parte contratante, sempre e cando esa elección non veña determinada pola súa discapacidade.

3. Non obstante o disposto nos puntos anteriores, serán admisibles as diferenzas de trato no acceso a bens e servizos cando estean xustificadas por un propósito lexítimo e os medios para logralo sexan adecuados, proporcionados e necesarios.

Artigo 30. Os concellos adoptarán as medidas adecuadas para facilitar o **estacionamento dos vehículos** automóbiles pertencentes a persoas con problemas graves de mobilidade, por razón da súa discapacidade.

Artigo 31. As persoas con discapacidade con dificultades para utilizar transportes colectivos, que reúnan os requisitos establecidos regulamentariamente, terán dereito á **percepción dun subsidio de mobilidade e compensación por gastos de transporte**, cuxa contía se fixará anualmente na Lei de orzamentos xerais do Estado.

Artigo 32. 1. Nos proxectos de **vivendas protexidas**, programarase un mínimo dun catro por cento coas características construtivas e de deseño adecuadas que garantan o acceso e o desenvolvemento cómodo e seguro das persoas con discapacidade.

Artigo 33. Considerarase **rehabilitación da vivenda**, para efectos da obtención de subvencións e préstamos con subvención de xuros, as reformas que as persoas con discapacidade ou as unidades familiares ou de convivencia con algún membro con discapacidade teñan que realizar na súa vivenda habitual e permanente para que esta resulte accesible.

Artigo 34. Outras medidas públicas de accesibilidade.

1. As administracións públicas habilitarán nos seus orzamentos as consignacións necesarias para o financiamento das adaptacións nos inmobles que deles dependan.

2. Ao mesmo tempo, fomentarán a adaptación dos inmobles de titularidade privada, mediante o establecemento de axudas, exencións e subvencións.

3. Ademais, as administracións competentes en materia de urbanismo deberán considerar e, de ser o caso, incluír a necesidade desas adaptacións anticipadas nos plans municipais de ordenación urbana que formulen ou aproben.

4. Os concellos deberán prever plans municipais de actuación, co obxecto de adaptar as vías públicas, parques e xardíns ás normas aprobadas con carácter xeral, e estarán obrigados a destinar unha porcentaxe do seu orzamento a tales fins.

- **Dereito ao traballo** Artigo 35. 1. As persoas con discapacidade teñen dereito ao traballo, en condicións que garantan a aplicación dos principios de igualdade de trato e non discriminación.

2. A garantía e efectividade dos dereitos á igualdade de trato e de oportunidades das persoas con discapacidade rexeranse polo establecido neste capítulo e na súa normativa específica no acceso ao emprego, así como no acceso á actividade por conta propia e ao exercicio profesional, nas condicións de traballo, incluídas as retributivas e de despedimento, na promoción profesional, na formación profesional ocupacional e continua, na formación para o emprego, e na afiliación e participación nas organizacións sindicais e empresariais ou na incorporación e participación en calquera organización cuxos membros desempeñen unha profesión concreta.

3. Existirá discriminación directa cando unha persoa con discapacidade sexa tratada de maneira menos favorable que outra en situación análoga por motivo da súa discapacidade.

4. Existirá discriminación indirecta cando unha disposición legal ou regulamentaria, unha cláusula convencional ou contractual, un pacto individual ou unha decisión unilateral do empresario, aparentemente neutros, poidan ocasionar unha desvantaxe particular ás persoas con discapacidade respecto doutras persoas, sempre que obxectivamente non respondan a unha finalidade lexítima e que os medios para a consecución desta finalidade non sexan adecuados e necesarios, ou salvo que o empresario veña obrigado a adoptar medidas adecuadas, en función das necesidades de cada situación concreta e de acordo

co artigo 40, para eliminar as desvantaxes que supón esa disposición, cláusula, pacto ou decisión.

5. Entenderanse nulos e sen efecto os preceptos regulamentarios, as cláusulas dos convenios colectivos, os pactos individuais e as decisións unilaterais do empresario que dean lugar a situacións de discriminación directa ou indirecta desfavorables por razón de discapacidade, nos ámbitos do emprego, en materia de retribucións, xornada e demais condicións de traballo.

6. O acoso por razón de discapacidade, nos termos definidos na letra f) do artigo 2, considérase en todo caso acto discriminatorio.

7. Considerarase, igualmente, discriminación toda orde de discriminar persoas por motivo ou por razón da súa discapacidade.

Artigo 37. Tipos de emprego das persoas con discapacidade

2. As persoas con discapacidade poden exercer o seu dereito ao traballo a través dos seguintes tipos de emprego:

- a) Emprego ordinario, nas empresas e nas administracións públicas, incluídos os servizos de emprego con apoio.
- b) Emprego protexido, en centros especiais de emprego e en enclaves laborais.
- c) Emprego autónomo.

3. O acceso ao emprego público rexerase polo disposto na normativa reguladora da materia.

Artigo 38. Orientación, colocación e rexistro de traballadores con discapacidade para a súa inclusión laboral

1. Corresponde aos servizos públicos de emprego, ben directamente ou ben a través de entidades colaboradoras, e ás axencias de colocación debidamente autorizadas, a

orientación e colocación en igualdade de condicións das persoas con discapacidade que se encontren en situación de busca de emprego.

2. Para os efectos de aplicación de beneficios que esta lei e as súas normas de desenvolvemento recoñezan tanto aos traballadores con discapacidade como ás empresas que os empreguen, por parte dos servizos públicos de emprego e co consentimento previo dos ditos traballadores confeccionarase **un rexistro de traballadores con discapacidade demandantes de emprego**, incluídos no rexistro de traballadores desempregados.

Artigo 39. Axudas á xeración de emprego das persoas con discapacidade

1. Fomentarase o emprego das persoas con discapacidade mediante o establecemento de axudas que faciliten a súa inclusión laboral.

2. Estas axudas poderán consistir en subvencións ou préstamos para a contratación, a adaptación dos postos de traballo, a eliminación de todo tipo de barreiras que dificulten o seu acceso, mobilidade, comunicación ou comprensión nos centros de produción, a posibilidade de establecerse como traballadores autónomos, bonificacións nas cotas da Seguridade Social e cantas outras se consideren adecuadas para promover a colocación das persoas con discapacidade, especialmente a promoción de cooperativas e outras entidades da economía social.

Artigo 40. Adopción de medidas para previr ou compensar as desvantaxes ocasionadas pola discapacidade como garantía da plena igualdade no traballo

1. Para garantir a plena igualdade no traballo, o principio de igualdade de trato non impedirá que se manteñan ou adopten medidas específicas destinadas a previr ou compensar as desvantaxes ocasionadas por motivo de ou por razón de discapacidade.

2. Os empresarios están obrigados a adoptar as medidas adecuadas para a adaptación do posto de traballo e a accesibilidade da empresa, en función das necesidades de cada situación concreta, co fin de permitir ás persoas con discapacidade acceder ao emprego,

desempeñar o seu traballo, progresar profesionalmente e acceder á formación, salvo que esas medidas supoñan unha carga excesiva para o empresario.

Artigo 41. Servizos de emprego con apoio

Os servizos de emprego con apoio son o conxunto de accións de orientación e acompañamento individualizado no posto de traballo que teñen por obxecto facilitar a adaptación social e laboral de persoas traballadoras con discapacidade con especiais dificultades de inclusión laboral en empresas do mercado ordinario de traballo en condicións similares ao resto dos traballadores que desempeñan postos equivalentes. Os servizos de emprego con apoio regularanse pola súa normativa regulamentaria.

Artigo 42. Cota de reserva de postos de traballo para persoas con discapacidade

1. As empresas públicas e privadas que empreguen un número de 50 ou máis traballadores estarán obrigadas a que de entre eles, ao menos, o 2 por 100 sexan traballadores con discapacidade. O cómputo mencionado anteriormente realizarase sobre o cadro de persoal total da empresa correspondente, calquera que sexa o número de centros de traballo daquela e calquera que sexa a forma de contratación laboral que vincule os traballadores da empresa. Igualmente, entenderase que estarán incluídos no dito cómputo os traballadores con discapacidade que se encontren en cada momento prestando servizos nas empresas públicas ou privadas, en virtude dos contratos de posta á disposición que aquelas subscribisen con empresas de traballo temporal.

Artigo 43. Centros especiais de emprego para a inclusión laboral das persoas con discapacidade

1. Os centros especiais de emprego son aqueles cuxo obxectivo principal é o de realizar unha actividade produtiva de bens ou de servizos, participando regularmente nas operacións do mercado, e teñen como finalidade asegurar un emprego remunerado para as persoas con discapacidade, á vez que son un medio de inclusión do maior número destas persoas no réxime de emprego ordinario. Igualmente, os centros especiais de emprego deberán prestar, a través das unidades de apoio, os servizos de axuste persoal e

social que requiran as persoas traballadoras con discapacidade, segundo as súas circunstancias e conforme o que se determine regulamentariamente.

2. O cadro de persoal dos centros especiais de emprego estará constituído polo maior número de persoas traballadoras con discapacidade que permita a natureza do proceso produtivo e, en todo caso, polo 70 por 100 daquela. Para estes efectos non se considerará o persoal sen discapacidade dedicado á prestación de servizos de axuste persoal e social.

Entenderanse por servizos de axuste persoal e social os que permitan axudar a superar as barreiras, obstáculos ou dificultades que as persoas traballadoras con discapacidade dos centros especiais de emprego teñan no proceso de incorporación a un posto de traballo, así como na permanencia e progresión nel. Igualmente, encontraranse comprendidos aqueles dirixidos á inclusión social, cultural e deportiva.

3. A relación laboral dos traballadores con discapacidade que presten os seus servizos nos centros especiais de emprego é de carácter especial, conforme o artigo 2.1.g) do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, e réxese pola súa normativa específica.

- **Dereito á protección social** Artigo 48. As persoas con discapacidade e as súas familias teñen dereito a uns servizos e prestacións sociais que atendan con garantías de suficiencia e sustentabilidade as súas necesidades, dirixidos ao desenvolvemento da súa personalidade e á súa inclusión na comunidade, incrementando a súa calidade de vida e benestar social.

Artigo 49. Criterios de aplicación da protección social

1. Os servizos sociais para persoas con discapacidade e as súas familias poderán ser prestados tanto polas administracións públicas como por entidades sen ánimo de lucro a través das canles e mediante os recursos humanos, financeiros e técnicos necesarios.

2. A prestación dos servizos sociais respectará ao máximo a permanencia das persoas con discapacidade no seu medio familiar e no seu contorno xeográfico, tendo en conta as barreiras específicas daqueles que habiten en zonas rurais.

3. Promoverase a participación das propias persoas con discapacidade nas tarefas comúns de convivencia, de dirección e de control dos servizos sociais.

Artigo 50. Contido do dereito á protección social

1. As persoas con discapacidade e as súas familias teñen dereito aos servizos sociais de apoio familiar, de prevención de deficiencias e de intensificación de discapacidades, de promoción da autonomía persoal, de información e orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoio no seu contorno, servizos residenciais, de actividades culturais, deportivas, ocupación do ocio e do tempo libre.

Artigo 51. Clases de servizos sociais

1. O **servizo de apoio familiar** terá como obxectivo a orientación e información ás familias, o apoio emocional, a súa capacitación e formación para atender a estimulación, maduración e desenvolvemento físico, psíquico e intelectual dos nenos e nenas con discapacidade, e as persoas con discapacidade e para a adecuación do contorno familiar e próximo ás necesidades de todos eles.

2. Os **servizos de orientación e información** deben facilitar ás persoas con discapacidade e ás súas familias o coñecemento das prestacións e servizos ao seu alcance, así como as condicións de acceso a eles.

3. Os **servizos de prevención de deficiencias e de intensificación de discapacidades e promoción da autonomía persoal** teñen como finalidade previr a aparición ou a intensificación de discapacidades e das súas consecuencias, mediante actuacións de promoción de condicións de vida saudables, apoio no contorno e programas específicos de carácter preventivo.

4. Os **servizos de atención** domiciliaria terán como obxectivo a prestación de atencións de carácter persoal e doméstico, así como a prestación habilitadora ou rehabilitadora tal e como xa dispón o artigo 14, todo iso só para aquelas persoas con discapacidade cuxas situacións o requiran.

5. Os **servizos de vivenda**, xa sexan servizos de atención residencial, vivendas tuteladas, ou outros aloxamentos de apoio para a inclusión, teñen como obxectivo promover a autonomía e a vida independente das persoas con discapacidade a través da convivencia, así como favorecer a súa inclusión social.

Así mesmo, deberán atender ás necesidades básicas daquelas persoas con discapacidade que se encontren nunha situación de especial vulnerabilidade, como nos casos en que carezan de fogar ou familia, ou cando existan graves problemas para garantir unha adecuada convivencia familiar.

6. Os **servizos de centro de día e de noite** ofrecen unha atención integral durante o período diúrno ou nocturno ás persoas con discapacidade, co obxectivo de mellorar ou manter o mellor nivel posible de autonomía persoal e apoiar as familias.

7. Os servizos de residencias, centros de día e de noite, e vivendas tuteladas poderán ser promovidos polas administracións públicas, polas propias persoas con discapacidade e polas súas familias, así como polas súas organizacións representativas. Na promoción de residencias, centros de día e vivendas tuteladas, realizada polas propias persoas con discapacidade e polas súas familias, así como polas súas organizacións representativas, estas gozarán da protección prioritaria por parte das administracións públicas.

A planificación destes servizos atenderá á proximidade ao contorno en que desenvolven a súa vida as persoas con discapacidade.

8. As **actividades deportivas, culturais, de ocio e tempo libre** desenvolveranse, sempre que sexa posible, de acordo co principio de accesibilidade universal nas instalacións e cos medios ordinarios postos ao servizo da cidadanía. Só cando a especificidade e a necesidade de apoios o requiran, poderán establecerse, de forma subsidiaria ou complementaria, servizos e actividades específicas.

9. Sen prexuízo da aplicación das medidas previstas con carácter xeral nesta lei, cando a especificidade e a necesidade de apoios o fagan necesario, a persoa con discapacidade terá **dereito a residir ou ser atendida nun establecemento especializado**.

Artigo 52. Centros ocupacionais

1. Os centros ocupacionais teñen como finalidade asegurar os servizos de terapia ocupacional e de axuste persoal e social ás persoas con discapacidade co obxecto de lograr o seu máximo desenvolvemento persoal e, nos casos en que sexa posible, facilitar a súa capacitación e preparación para o acceso ao emprego. Igualmente, prestarán estes servizos a aqueles traballadores con discapacidade que, tendo desenvolvido unha actividade laboral específica, non conseguisen unha adaptación satisfactoria ou sufrisen un empeoramento na súa situación que faga aconsellable a súa integración nun centro ocupacional.

2. As administracións públicas, de acordo coas súas competencias, ditarán as normas específicas correspondentes, establecendo as condicións de todo tipo que deberán reunir os centros ocupacionais para que sexa autorizada a súa creación e funcionamento.

A súa creación e sostemento serán competencia tanto das ditas administracións públicas como das institucións ou persoas xurídicas privadas sen ánimo de lucro. Estas últimas, en todo caso, atenderán ás normas que para a súa creación e funcionamento se diten de acordo co disposto no parágrafo anterior.

-Dereito de participación nos asuntos públicos

Artigo 53. Dereito de participación na vida política

As persoas con discapacidade poderán exercer o dereito de participación na vida política e nos procesos electorais en igualdade de condicións que o resto dos cidadáns conforme a normativa en vigor. Para iso, as administracións públicas porán á súa disposición os medios e recursos que precisen.

Artigo 54. Dereito de participación na vida pública

1. As persoas con discapacidade poderán participar plena e efectivamente na toma de decisións públicas que as afecten, en igualdade de condicións cos demais cidadáns. Para iso, as administracións públicas porán á súa disposición os medios e recursos que precisen.

2. As persoas con discapacidade, incluídos os nenos e as nenas, e as súas familias, a través de as súas organizacións representativas, participarán na preparación, elaboración e adopción das decisións e, de ser o caso, das normas e estratexias que lles concirnen. É obrigación das administracións públicas, na esfera das súas respectivas competencias, promover as condicións para asegurar que esta participación sexa real e efectiva. De igual modo, promoverase a súa presenza permanente nos órganos das administracións públicas, de carácter participativo e consultivo, cuxas funcións estean directamente relacionadas con materias que teñan incidencia en esferas de interese preferente para persoas con discapacidade e as súas familias.

3. As administracións públicas promoverán e facilitarán o desenvolvemento das asociacións e demais entidades en que se agrupan as persoas con discapacidade e as súas familias. Así mesmo, ofrecerán apoio financeiro e técnico para o desenvolvemento das súas actividades e poderán establecer convenios para o desenvolvemento de programas de interese social.

Artigo 55. Consello Nacional da Discapacidade

O Consello Nacional da Discapacidade é o órgano colexiado interministerial, de carácter consultivo, en que se institucionaliza a colaboración do movemento asociativo das persoas con discapacidade e das súas familias e a Administración xeral do Estado, para a definición e coordinación das políticas públicas que garantan os dereitos das persoas con discapacidade. A súa composición e funcións estableceranse regulamentariamente.

En particular, corresponderá ao Consello Nacional da Discapacidade a promoción da igualdade de oportunidades e non discriminación das persoas con discapacidade.

Artigo 56. Oficina de Atención á Discapacidade

A Oficina de Atención á Discapacidade é o órgano do Consello Nacional da Discapacidade, de carácter permanente e especializado, encargado de promover a igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade.

Coa Oficina de Atención á Discapacidade colaborarán as organizacións, entidades e asociacións de utilidade pública máis representativas das persoas con discapacidade e das súas familias.

3. NORMATIVA REGULADORA DO PROCEDEMENTO PARA O RECOÑECIMENTO, A DECLARACIÓN E A CUALIFICACIÓN DO GRAO DE DISCAPACIDADE.

O Estatuto de autonomía de Galicia, no seu artigo 27.23º, asigna á Comunidade Autónoma a competencia exclusiva en materia de acción social. Así mesmo, no artigo 33.2º establécese que lle corresponde o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación básica do Estado en materia de seguridade social.

Artigo 2. Ámbito dos equipos técnicos de valoración

En cada provincia existirá, ao menos, un equipo técnico de valoración, que cubrirá todo o ámbito territorial provincial. Por proposta da Dirección Xeral de Servizos Sociais, poderanse crear equipos nunha localidade diferente á capital de cada provincia, cando existan necesidades que o xustifiquen, establecendo o seu ámbito territorial. O equipo, ou os equipos, en caso de existiren varios nunha provincia, serán coordinados polo xefe de Área de Servizos Sociais da Delegación Provincial da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais.

Artigo 3. Composición dos equipos

O equipo técnico de valoración estará composto por tres vogais: médico, psicólogo e traballador social, conforme criterios interdisciplinarios. En determinados casos e a criterio do presidente da xunta de valoración, poderanse incorporar outros profesionais da sección de cualificación e valoración de discapacidades.

Artigo 4. Xuntas de valoración

O equipo técnico de valoración deberá reunirse en xunta de valoración para a emisión dos ditames técnicos facultativos. A xunta de valoración estará composta polo presidente, polos tres vogais do equipo técnico de valoración e un secretario. A presidencia da xunta de valoración recaerá no xefe de Sección de Cualificación e Valoración de Discapacidades de cada delegación provincial, e desempeñará as funcións de secretario un membro do

propio equipo técnico de valoración ou un profesional adscrito á delegación provincial correspondente, designado polo delegado provincial.

O seu funcionamento estará regulado polo capítulo II do título II da Lei 30/1992, do 26 de novembro (RCL 1992, 2512, 2775 e RCL 1993, 246), de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, modificado pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro (RCL 1999, 114, 329), e polas normas que dite a Dirección Xeral de Servizos Sociais.

Artigo 5. Funcións dos equipos

1. O equipo técnico de valoración ten como funcións:

a) Dar información e orientación inicial ás persoas con discapacidade e familiares que o soliciten.

b) A realización dos ditames técnico-facultativos para a cualificación do grao de discapacidade, revisión deste por agravación ou melloría e para a determinación do prazo a partir do cal se poderá revisar o grao de discapacidade nos termos previstos no Real decreto 1971/1999, do 23 de decembro.

c) Determinar o grao de discapacidade e valoración das diferentes situacións exixidas para ter dereito ás prestacións sociais e económicas previstas no Real decreto 383/1984, do 1 de febreiro, polo que se establece e regula o sistema de prestacións previsto na Lei 13/1982, do 7 de abril, de integración social de persoas con discapacidade.

d) Determinar o grao de discapacidade, así como a necesidade de concurso doutra persoa, para efectos das prestacións de invalidez na súa modalidade non contributiva e protección familiar por fillo a cargo con discapacidade, reguladas no Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social.

e) Determinar as dificultades para utilizar transportes públicos colectivos, así como ditaminar sobre a mobilidade reducida permanente e sobre o acceso aos diferentes servizos e prestacións para os efectos previstos na Lei 8/1997, do 20 de agosto, de accesibilidade e eliminación de barreiras na Comunidade Autónoma galega, e no Decreto

35/2000, do 28 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento e execución da dita lei.

f) Emitir os ditames técnico-falcultativos previstos na Lei 40/1998, do IRPF.

g) Prestar asistencia técnica e asesoramento á Consellería de Sanidade e Servizos Sociais e ás súas delegacións provinciais nos procedementos contenciosos en que sexan parte, por requirimento da delegación provincial.

h) Elaborar os informes técnicos que lles sexan requiridos pola delegación provincial ou polo resto dos programas e servizos.

i) Aquelas funcións referentes ao diagnóstico, valoración e orientación, de situacións de discapacidade atribuídas ou que poida atribuír a lexislación, tanto estatal como autonómica.

j) Cantas outras lle sexan asignadas pola Dirección Xeral de Servizos Sociais.

CAPÍTULO III. Procedemento para o recoñecemento e a cualificación do grao de discapacidade

Artigo 6. Solicitudes e lugar de presentación

1. O procedemento para a cualificación do grao de discapacidade iniciárase por instancia do interesado, representante legal ou gardador de feito, en modelo normalizado.

2. A solicitude, que deberá ir acompañada da documentación relacionada no artigo sétimo da presente orde, poderá presentarse nas delegacións provinciais, áreas de servizos sociais da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais ou noutros rexistros dos previstos no artigo 38, punto 4º, da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Artigo 7. Documentación que deberá presentar o interesado xunto á solicitude

1. Ás solicitudes deberáselle xuntar preceptivamente, salvo que xa conste en poder da Delegación Provincial da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, a seguinte documentación:

–Fotocopia compulsada do DNI do interesado (na súa falta, libro de familia ou partida de nacemento).

En caso de estranxeiros: fotocopia compulsada da tarxeta de residente.

–Fotocopia compulsada dos informes médicos ou psicolóxicos que avalen as deficiencias alegadas.

No caso de revisión por agravamento ou melloría: fotocopia compulsada dos informes que acrediten tal agravamento ou melloría.

–De ser o caso, fotocopia compulsada do DNI do representante legal e do documento acreditativo da representación legal ou garda de feito.

2. Para efectos da valoración social, poderanse pedir outros documentos complementarios necesarios para a dita valoración.

Artigo 8. Competencia e inicio do procedemento

1. Serán competentes para iniciar, instruír e resolver os procedementos para o recoñecemento, declaración e cualificación do grao de discapacidade as delegacións provinciais da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais en cuxo ámbito territorial residan habitualmente os interesados.

2. Se o interesado reside no estranxeiro, a competencia para o exercicio de tales funcións corresponderá á Delegación Provincial da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais daquela provincia en que o interesado acredite ou alegue que tivo o último domicilio habitual en territorio español, ou o que tivesen os seus ascendentes.

3. As delegacións provinciais da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais aplicarán medios informáticos para tramitar os procedementos en materia de recoñecemento do grao de discapacidade, axustándose ao establecido na Lei orgánica 15/1999, do 13 de

decembro, de protección de datos de carácter persoal, de forma que se garantan os dereitos dos interesados.

Artigo 9. Recoñecementos e ditame de cualificación do grao de discapacidade

1. A cualificación do grao de discapacidade levarase a cabo mediante o recoñecemento do interesado polos vogais do equipo técnico de valoración, segundo o procedemento de citacións que se determinen.

2. Cando as características clínicas do interesado o aconsellen ou resulte imposible ou insuficiente a achega de informes médicos e/ou psicolóxicos, o presidente do Equipo de Valoración e Orientación (EVO) poderá solicitar outros informes e a práctica das probas e exploracións complementarias por parte de centros e institucións sanitarias.

Para a aplicación do disposto no parágrafo anterior, a delegación provincial da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais queda autorizada para subscribir cos centros e institucións sinalados os termos e as condicións en que se deban realizar tales informes, probas e exploracións complementarias.

Para tales efectos, facúltanse os membros do equipo de valoración e orientación para, coa autorización do presidente do EVO, solicitar directamente dos citados centros ou servizos a realización de tales informes ou probas.

3. Finalizados os recoñecementos e informes pertinentes, o equipo técnico de valoración emitirá o ditame técnico facultativo.

4. Os empregados públicos que, en razón da tramitación do expediente de recoñecemento, declaración e cualificación do grao de discapacidade, coñezan o historial clínico do interesado están obrigados a manter a súa confidencialidade.

5. A Dirección Xeral de Servizos Sociais establecerá o procedemento polo cal, con base nas circunstancias especiais do interesado, o equipo técnico de valoración poida formular o seu ditame en virtude dos informes médicos, psicolóxicos ou, de ser o caso, sociais, emitidos por profesionais autorizados, sen recoñecemento directo do equipo.

Artigo 10. Contido dos ditames

Os ditames técnico-facultativos formularanse de acordo cos criterios, baremos e modelos normalizados, e deberán conter a seguinte información:

1. Datos identificativos do interesado.
2. Deficiencias, diagnósticos e etioloxías.
3. Porcentaxe parcial correspondente a cada tipo de discapacidade. Cando coexistan dúas ou máis deficiencias nunha mesma persoa, tal como se establece no capítulo 1 (normas xerais) do anexo do Real decreto 1971/1999.
4. Resultado da combinación das porcentaxes obtidas por deficiencias de distintos aparellos ou sistemas.
5. Porcentaxe dos factores sociais complementarios.
6. Porcentaxe total de discapacidade.
7. Resultado dos baremos de dificultades de mobilidade e de necesidade de axuda de terceira persoa.
8. Recomendacións do equipo técnico de valoración sobre utilización de apoios e orientación.
9. Prazo de validez do ditame.

Artigo 11. Resolución 1. No prazo de 3 meses, o delegado provincial da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais ditará resolución expresa sobre o recoñecemento do grao.

2. O prazo máximo para resolver establecido no punto anterior poderá ser ampliado polas delegacións provinciais da Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, conforme o disposto no artigo 42.6º da mencionada Lei 30/1992, cando, polo número de solicitudes formuladas ou por outras circunstancias que expresamente se determine no acordo de ampliación non se poida cumprir razoablemente o prazo previsto.

3. O recoñecemento de grao de discapacidade entenderase referido á data de presentación da solicitude. Na resolución deberá figurar expresamente a data en que deba ter lugar a revisión, salvo que sexa permanente.

4. A falta de resolución expresa no prazo previsto terá efectos desestimatorios, de acordo co previsto no artigo 43.2º da Lei 30/1992, caso en que o interesado poderá exercer os dereitos que lle confire o artigo 71 do texto refundido da Lei de procedemento laboral, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/1995, do 7 de abril, sen prexuízo da obrigação de resolver.

Artigo 12. Reclamacións 1. Contra as resolucións dos delegados provinciais, os interesados poderán interpor, dentro dos trinta días seguintes ao da súa notificación, reclamación previa á vía xurisdiccional social, ante a mesma delegación provincial que ditou o acto, a cal deberá resolver no prazo de 45 días.

2. Presentada a reclamación previa contra a resolución ditada, cando nela se discrepe da resolución en aspectos que afecten o ditame técnico facultativo do equipo técnico de valoración, e con independencia das actuacións procedentes para comprobar as alegacións do reclamante, o escrito de reclamación pasarase a coñecemento e informe do referido equipo.

CAPÍTULO IV. Revisión da cualificación do grao de discapacidade

Artigo 13. Revisións 1. As revisións do grao de discapacidade poderanse efectuar por instancia de parte ou de oficio.

2. Nas revisións por instancia de parte, por agravamento ou melloría, o interesado deberá xuntar necesariamente á solicitude os informes médicos ou psicolóxicos que o acrediten, sempre que transcorresen dous anos desde a data da resolución. Excepcionalmente, este prazo non será necesario nos supostos de erro de diagnóstico ou cando o equipo técnico de valoración determine, mediante a documentación presentada, cambios substanciais na cualificación do grao.

3. Sen prexuízo das revisións previstas nos artigos 102 e seguintes da mencionada Lei 30/1992, poderase revisar de oficio o grao de discapacidade:

- a) Cando se produza o cumprimento do prazo de validez establecido na resolución.
- b) Cando o equipo técnico de valoración teña coñecemento, pola documentación achegada polo interesado, como consecuencia da emisión de informes para tramitación de expedientes de acceso a calquera das diferentes prestacións ou servizos a que ten dereito, que as circunstancias polas que se lle asignou o grao variaron substancialmente.

Artigo 14. Procedemento de revisión. Promovida a revisión, segundo o previsto no artigo anterior, a instrución do procedemento axustarase ao establecido no capítulo III da presente orde e ao que estableza a Dirección Xeral de Servizos Sociais no seu desenvolvemento.

MANUEL FUERTES CARBALLEIRA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 1

A CONSTITUCIÓN E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO. OS TRATADOS INTERNACIONAIS. AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO.

TEMA 1. A CONSTITUCIÓN E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO. OS TRATADOS INTERNACIONAIS. AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO.

1. A CONSTITUCIÓN E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO.

A nosa vixente Constitución define, de forma precisa, as competencias en materia exterior, a responsabilidade política na materia e a representación internacional do Estado.

Todo Estado precisa relacionarse con outros Estados e coas organizacións nas que estes se agrupan. Tras a Carta constituínte das Nacións Unidas, asinada o 26 de xuño de 1945 en San Francisco, creouse un marco xurídico que permite que esas relacións se conduzan de forma ordenada na órbita internacional.

Na dita carta fundacional de Nacións Unidas recollíase a importancia de que os Estados formen e expresen a súa vontade de acordo coas súas normas constitucionais. Así se explicita, entre outros, nos artigos 43.3, 108, 109.2 e 110.1.

Centrándonos no caso español, ao concretar onde residen as competencias con relevancia exterior, a Constitución refire no seu artigo 149:

<<Artigo 149.

1. O Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: (...)
- 2.^a Nacionalidade, inmigración, emigración, estranxeiría e dereito de asilo.
- 3.^a Relacións internacionais. (...).
- 10.^a Réxime aduaneiro e arancelario; comercio exterior. (...).
- 16.^a Sanidade exterior.>>

De todas estas materias, a máis xenérica é a que afecta as relacións internacionais. Por esta vía, nun primeiro momento do desenvolvemento constitucional, a Administración xeral do Estado pretendeu estender esta expresión, ampla de seu, a toda iniciativa autonómica en que concorrese un mínimo factor ou elemento internacional. A doutrina do Tribunal Constitucional foi evolucionando ata matizar esa interpretación que, tras a adhesión de España ás comunidades europeas, podería baleirar de contido substantivo os estatutos de autonomía no que afecta as políticas comunitarias en áreas que van desde a agricultura

ata todas as vinculadas co mercado interior europeo.

Neste escenario, segundo a Constitución, o Goberno é o actor político fundamental:

<<Artigo 97.

O Goberno dirixe a política interior e exterior (...)>>

Incluso na acción exterior do Estado, a Constitución modula o exercicio na materia polo poder lexislativo, por tratarse todo o internacional dun ámbito moi sensible e de potencial responsabilidade *ad extra* do Estado:

<<Artigo 75.

1. As Cámaras funcionarán en Pleno e por comisións.
2. As Cámaras poderán delegar nas comisións lexislativas permanentes a aprobación de proxectos ou proposicións de lei. O Pleno poderá, non obstante, conseguir en calquera momento o debate e a votación de calquera proxecto ou proposición de lei que fose obxecto desta delegación.
3. Quedan exceptuadas do disposto no punto anterior (...), as cuestións internacionais, (...).>>

Iso explica tamén a interdicción da iniciativa lexislativa popular no que afecte as relacións de España coa comunidade internacional:

<<Artigo 87 (...).

3. Una lei orgánica regulará as formas de exercicio e requisitos da iniciativa popular para a presentación de proposicións de lei. En todo caso, exixiranse non menos de 500.000 sinaturas acreditadas. Non procederá a dita iniciativa en materias propias (...) de carácter internacional, (...).>>

Sendo pois o núcleo da acción exterior (relacións diplomáticas, sinatura de tratados, declaración de guerra) algo que forma parte das prerrogativas estatais por excelencia, explícase que a representación exterior do Estado recaía, en primeiro lugar, no rei:

<<Artigo 56.

1. O rei é o xefe do Estado, símbolo da súa unidade e permanencia, arbitra e modera o

funcionamento regular das institucións, asume a máis alta representación do Estado español nas relacións internacionais, especialmente coas nacións da súa comunidade histórica, e exerce as funcións que lle atribúen expresamente a Constitución e as leis.>>

<<Artigo 63.

1. O rei acredita os embaixadores e outros representantes diplomáticos. Os representantes estranxeiros en España están acreditados ante el.
2. Ao rei correspóndelle manifestar o consentimento do Estado para obrigarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidade coa Constitución e as leis.
3. Ao rei corresponde, logo de autorización das Cortes Xerais, declarar a guerra e facer a paz.>>

Para comprender, en toda a súa extensión, o contexto no cal España debe desenvolver as súas relacións internacionais, convén, ademais, ter en conta o engarzamento desas previsións constitucionais coas das normas internacionais que ordenan as ditas relacións. Entre esas normas cabe destacar a Convención de Viena sobre o dereito dos tratados, do 23 de maio de 1969:

<<Artigo 7. Plenos poderes.

1. Para a adopción ou a autenticación do texto dun tratado, ou para manifestar o consentimento do Estado en obrigarse por un tratado, considerarase que unha persoa representa un Estado:
 - a) Se se presentan os adecuados plenos poderes, ou
 - b) Se se deduce da práctica seguida polos Estados interesados, ou doutras circunstancias, que a intención deses Estados foi considerar esa persoa representante do Estado para eses efectos e prescindir da presentación de plenos poderes.
2. En virtude das súas funcións e sen ter que presentar plenos poderes, considerarase que representan o seu Estado:
 - a) Os xefes de Estado, xefes de Goberno e ministros de relacións exteriores, para a execución de todos os actos relativos á celebración dun tratado;
 - b) Os xefes de misións diplomáticas, para a adopción do texto dun tratado entre o Estado

acreditante e o Estado ante o cal se encontran acreditados;

c) Os representantes acreditados polos Estados ante unha conferencia internacional ou ante unha organización internacional ou un dos seus órganos, para a adopción do texto dun tratado en tal conferencia, organización ou órgano.

Artigo 8. Confirmación ulterior dun acto executado sen autorización.

Un acto relativo á celebración dun tratado executado por unha persoa que, conforme o artigo 7, non se poida considerar autorizada para representar con tal fin un Estado non producirá efectos xurídicos a menos que sexa ulteriormente confirmado por ese Estado.>>

Igualmente, no Convenio de Viena sobre relacións diplomáticas, do 18 de abril de 1961 (Instrumento de adhesión de España do 21 de novembro de 1967; BOE nº 21, do 24 de xaneiro de 1968), enfatízase o papel dos Estados ao afirmar:

<<Artigo 2.

O establecemento de relacións diplomáticas entre Estados e o envío de misións diplomáticas permanentes efectúase por consentimento mutuo.

Artigo 3.

1. As funcións dunha misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar o Estado acreditante ante o Estado receptor.
- b) Protexer no Estado receptor os intereses do Estado acreditante e os dos seus nacionais, dentro dos límites permitidos polo dereito internacional.
- c) Negociar co Goberno do Estado receptor.
- d) Informarse por todos os medios lícitos das condicións e da evolución dos acontecementos no Estado receptor e informar sobre iso o Goberno do Estado acreditante.
- e) Fomentar as relacións amigables e desenvolver as relacións económicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado receptor. >>

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS.

A Constitución española fundamenta España como un Estado de dereito homologable con calquera Estado occidental, que se quere guiar na comunidade internacional polo dereito internacional.

Desde o punto de vista positivo, a Constitución non soamente recolle todo un capítulo, o III, dentro do seu título III, dedicado en exclusiva aos tratados internacionais. Ademais, subliña noutros preceptos o especial valor xurídico que teñen os tratados asinados por España dentro do noso ordenamento:

<<Artigo 10. (...).

2. As normas relativas aos dereitos fundamentais e ás liberdades que a Constitución recoñece que se interpretarán de conformidade coa Declaración universal de dereitos humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas materias ratificados por España.>>

<<Artigo 11. (...).

3. O Estado poderá concertar tratados de dobre nacionalidade cos países iberoamericanos ou con aqueles que tivesen ou teñan unha particular vinculación con España. Nestes mesmos países, aínda cando non recoñezan aos seus cidadáns un dereito recíproco, poderanse naturalizar os españois sen perder a súa nacionalidade de orixe.>>

<<Artigo 13.

1. Os estranxeiros gozarán en España das liberdades públicas que garante o presente título nos termos que establezan os tratados e a lei.

2. Soamente os españois serán titulares dos dereitos recoñecidos no artigo 23, salvo o que, atendendo a criterios de reciprocidade, se poida establecer por tratado ou lei para o dereito de sufraxio activo e pasivo nas eleccións municipais.

3. A extradición soamente se concederá en cumprimento dun tratado ou dunha lei, atendendo ao principio de reciprocidade. Quedan excluídos da extradición os delitos políticos; non se considerarán como tales os actos de terrorismo. (...)>>

Xa no capítulo III ("Dos tratados internacionais") do título III ("Das Cortes Xerais")

especificase o valor e os efectos dos tratados en catro artigos de especial transcendencia:

<<Artigo 93.

Mediante lei orgánica poderase autorizar a celebración de tratados polos que se atribúa a unha organización ou institución internacional o exercicio de competencias derivadas da Constitución. Correspóndelle ás Cortes Xerais ou ao Goberno, segundo os casos, a garantía do cumprimento destes tratados e das resolucións emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais titulares da cesión.>>

En relación con este artigo, é importante recordar a súa plasmación práctica na Lei orgánica 10/1985, do 2 de agosto, de autorización para a adhesión de España ás comunidades europeas, que dispón:

<<Culminado coa sinatura do Tratado de adhesión, o proceso de negociación para a integración de España nas comunidades europeas, que constitúe un fito histórico para o pobo español, unido na vontade de lograr a realización dos obxectivos dos tratados constitutivos daquelas, procede, de acordo co previsto no artigo 93 da Constitución española, autorizar, para tal efecto, a prestación do consentimento do Estado mediante a presente lei orgánica.

Artigo primeiro.

1. Autorízase a ratificación polo Reino de España do tratado feito en Lisboa e Madrid o día 12 de xuño de 1985 entre o Reino de Bélxica, o Reino de Dinamarca, a República Federal de Alemaña, a República Helénica, a República Francesa, Irlanda, a República Italiana, o Gran Ducado de Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, o Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Reino de España e a República Portuguesa, relativo á adhesión do Reino de España e da República Portuguesa á Comunidade Económica Europea e á Comunidade Europea da Enerxía Atómica.

2. Autorízase a adhesión do Reino de España ao Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro, asinado en París o día 18 de abril de 1951, tal e como foi modificado ou completado, e nos termos establecidos na Decisión do Consello das Comunidades Europeas do 11 de xuño de 1985.

Artigo segundo.

A presente lei orgánica entrará en vigor o día seguinte ao da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado*.>>

Desta maneira tan sucinta, España atribuíu o exercicio de competencias derivadas da súa Constitución á que hoxe é a Unión Europea.

Para os tratados que non impliquen aquela atribución no exercicio de competencias, que son a maioría deles, a Constitución establece un procedemento ordinario:

<<Artigo 94.

1. A prestación do consentimento do Estado para obrigarse por medio de tratados ou convenios requirirá a autorización previa das Cortes Xerais nos seguintes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados ou convenios de carácter militar.
- c) Tratados ou convenios que afecten a integridade territorial do Estado ou os dereitos e deberes fundamentais establecidos no título I.
- d) Tratados ou convenios que impliquen obrigas financeiras para a Facenda pública.
- e) Tratados ou convenios que supoñan modificación ou derogación dalgunha lei ou exixan medidas lexislativas para a súa execución.

2. O Congreso e o Senado serán inmediatamente informados da conclusión dos restantes tratados ou convenios.>>

A continuación, dada a peculiar posición xurídica dos tratados no noso ordenamento xurídico, a Constitución prevé incluso como canalizar as posibles incompatibilidades *a priori* entre un tratado e a propia Constitución:

<<Artigo 95.

1. A celebración dun tratado internacional que conteña estipulacións contrarias á Constitución exixirá a revisión constitucional previa.

2. O Goberno ou calquera das cámaras pode requirir o Tribunal Constitucional para que declare se existe ou non esa contradición.>>

Na súa Declaración 1/1992, o Tribunal Constitucional español pronunciouse sobre a hipotética contradición entre o Tratado da Unión Europea (ou Tratado de Maastricht) e a nosa Constitución. Deste transcendental e inusual documento xurídico cómpre destacar as seguintes pasaxes:

<<I. Antecedentes.

1. Por escrito rexistrado neste tribunal o 13 de maio de 1992, o avogado do Estado, na representación que legalmente ten e, en virtude do acordo adoptado polo Goberno da Nación na reunión do Consello de Ministros, que tivo lugar o 24 de abril de 1992, ao abeiro do disposto no artigo 95.2 da Constitución e no artigo 78.1 da LOTC, require este tribunal para que se pronuncie sobre a existencia ou inexistencia de contradición entre o artigo 13.2 da Constitución e o artigo 8 B, punto 1, do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea (en diante, TCCEE), na redacción que resultaría do artigo G B, 10 do Tratado da Unión Europea (no que segue, TUE), feito en Maastricht o 7 de febreiro de 1992, emitindo unha declaración sobre os aspectos recollidos no mencionado acordo.

No Acordo do Consello de Ministros do día 24 de abril de 1992 resólvese, en efecto, iniciar o procedemento de consulta previsto no artigo 95.2 da Constitución co obxecto de que este Tribunal se pronuncie sobre a eventual contradición entre a Constitución e o artigo 8 B, punto 1, do TCCEE, na redacción dada polo artigo G B, punto 10, do TUE, cuxo texto é o seguinte:

1. «Todo cidadán da Unión que resida nun Estado membro do que non sexa nacional terá dereito a ser elector e elixible nas eleccións municipais do Estado membro no cal resida, nas mesmas condicións que os nacionais do dito Estado. Este dereito exercerase sen prexuízo das modalidades que o Consello deberá adoptar antes do 31 de decembro de 1994, por unanimidade, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo; as ditas modalidades poderán establecer excepcións cando así o xustifiquen problemas específicos dun Estado membro. (...)

II. Fundamentos xurídicos.

1. Este requirimento que o Goberno presenta é o primeiro formulado pola canle que establece o artigo 95.2 da Constitución, desenvolvido, pola súa vez, polo artigo 78 da nosa

lei orgánica. Por iso e para aclarar mellor tamén os termos da presente cuestión, cómpre realizar agora algunha consideración previa sobre o procedemento regulado naquelas normas e sobre o ámbito da cuestión que foi sometida ao exame deste tribunal.

Mediante a vía prevista no seu artigo 95.2, a norma fundamental atribúe ao Tribunal Constitucional a dobre tarefa de preservar a Constitución e de garantir, asemade, a seguridade e estabilidade dos compromisos que vaia contraer España na orde internacional. Como intérprete supremo da Constitución, o Tribunal é chamado a se pronunciar sobre a posible contradición entre ela e un tratado cuxo texto, xa definitivamente fixado, aínda non recibise o consentimento do Estado (artigo 78.1 da LOTC). Se a dúbida de constitucionalidade se chega a confirmar, o tratado non poderá ser obxecto de ratificación sen a revisión constitucional previa (artigo 95.1 da norma fundamental). Deste modo, a Constitución ve garantida, a través do procedemento previsto no seu título X, a súa primacía, adquirindo tamén o Tratado, na parte deste que foi obxecto de exame, unha estabilidade xurídica plena, polo carácter vinculante da declaración do tribunal (artigo 78.2 da LOTC), como corresponde ao sentido deste exame preventivo.

Aínda que aquela supremacía quede, en todo caso, asegurada pola posibilidade de impugnar (artigos 27.2 c), 31 e 32.1 da LOTC) ou cuestionar (artigo 35 da LOTC) a constitucionalidade dos tratados unha vez que formen parte do ordenamento interno (artigo 96.1 da CE), é evidente a perturbación que, para a política exterior e as relacións internacionais do Estado, implicaría a eventual declaración de inconstitucionalidade dunha norma pactada: o risco dunha perturbación deste xénero é o que a previsión constitucional intenta evitar. Esta dobre finalidade é, en consecuencia, a que se debe ter en conta para interpretar tanto o artigo 95 CE, como o 78 LOTC, co fin de precisar cal é o obxecto propio da nosa decisión, o alcance desta e a función que na súa adopción desempeñan este tribunal e os órganos lexitimados para requirilo e seren oídos nos requirimentos deducidos por outros.

En canto a este último aspecto, debe comezar por precisarse que o que de nós se pode solicitar é unha declaración, non un ditame; unha decisión, non unha simple opinión fundada en dereito. Este tribunal non deixa de selo para se transformar ocasionalmente,

por obra do requirimento, en corpo consultivo. O que o requirimento incorpora é, ao igual que acontece nas cuestións de inconstitucionalidade, a exposición dunha dúbida razoable, pero o que de nós se solicita non é un razoamento que a resolva, senón unha decisión vinculante.

Por iso, e aínda cando este procedemento non deba posuír necesariamente natureza contenciosa, non pola dita circunstancia se ve alterada a posición do tribunal como intérprete supremo da Constitución. Ao igual que en calquera outra canle, o tribunal actúa aquí como o órgano xurisdiccional que é, e a súa declaración, xa que logo, non se pode senón basear en argumentacións xurídico-constitucionais, sexan estas suxeridas ou non polo órgano solicitante ou polos demais que están lexitimados. O seu exame débese cingir, en coherencia con iso, ao contraste entre a Constitución, en calquera dos seus enunciados, e a estipulación ou estipulacións do tratado que fosen sometidas a control previo, pois o artigo 95.1 daquela reservoulles en exclusiva ao Goberno e a unha ou outra de ambas as Cámaras a facultade de formular esta dúbida de constitucionalidade, cuxa presentación e elucidación *ex officio* non lle corresponde, xa que logo, ao tribunal, o cal, ao igual que nos demais procedementos, carece de iniciativa e está vinculado ao principio constitucional de congruencia. Iso sen prexuízo de que este tribunal poida solicitar novas informacións e aclaracións ou ampliacións de conformidade co artigo 78.3 da LOTC.

Pero, en calquera caso, ben a resolución emanada deste tribunal confirme a constitucionalidade da norma convencional obxecto de exame, e ben declare, polo contrario, a súa contradición coa nosa lei fundamental, a dita resolución posúe os efectos materiais da cousa xulgada. Aínda que a forma da dita declaración non poida merecer a cualificación legal de «sentenza» (cfr. artigo 86.2 LOTC), é unha decisión xurisdiccional con carácter vinculante (artigo 78.2 id.) e, en canto tal, produce *erga omnes* (artigo 164.1 *in fine* da CE) todos os efectos da cousa xulgada, tanto os negativos ou excluíntes, que impedirían trasladar a este tribunal a estipulación obxecto da resolución a través dos procedementos de declaración de inconstitucionalidade, canto os positivos ou prexudiciais que deban obrigar todos os poderes públicos a respectar e axustarse á nosa declaración; en particular, se o seu contido fose o de que unha determinada estipulación é contraria á Constitución, o efecto executivo inmediato e directo debe ser a reforma da Constitución

con carácter previo á aprobación do tratado. (...)

4. Nos antecedentes expúxose a primeira das argumentacións que o Goberno adianta co fin de propiciar, sen reforma da Constitución, unha posible integración da colisión existente entre o seu artigo 13.2 e o artigo 8 B, punto 1, do Tratado da Comunidade Económica Europea, na versión que a este debería dar o Tratado da Unión Europea. Sen reproducir aquí, polo tanto, a dita argumentación, o que agora temos que considerar é se, en virtude do disposto no artigo 93 da Constitución, é posible proceder á ratificación daquel precepto do Tratado da Unión Europea sen a previa revisión da norma fundamental ou, noutras palabras, se a disposición constitucional citada despexa ou elimina a incompatibilidade que neste punto é de apreciar entre o tratado e a norma fundamental.

No que aquí máis importa, o artigo 93 da norma fundamental dispón que «mediante lei orgánica se poderá autorizar a celebración de tratados polos cales se atribúa a unha organización ou institución internacional o exercicio de competencias derivadas da Constitución», previsión que, segundo é farto coñecida, permitiu a integración de España nas comunidades europeas (leis orgánicas 10/1985 e 4/1986). Non é leve, desde logo, a complexidade que entraña este precepto «orgánico-procedemental» (STC 28/1991, fundamento xurídico 4º), que aquí debe ser considerado, no entanto, tan soamente en conexión co disposto no artigo 95.1 da Constitución e co fin de determinar, por conseguinte, se a lei orgánica á cal aquel remite é instrumento idóneo para excepcionar, como o faría o texto sometido a exame, o límite que o artigo 13.2 dispón para a extensión aos estranxeiros, por tratado ou por lei, do dereito de sufraxio.

A resposta para tal cuestión non pode ser senón negativa.

O artigo 93 permite atribucións ou cesións para «o exercicio de competencias derivadas da Constitución» e a súa actualización comportará -comportou xa- unha determinada limitación ou constrición, para certos efectos, de atribucións e competencias dos poderes públicos españois (limitación de «dereitos soberanos», en expresión do Tribunal de Xustiza das Ccomunidades, caso Costa/Enel, Sentenza do 15 de xullo de 1964). Para que esa limitación se opere é indispensable, no entanto, que exista efectivamente unha cesión do exercicio de competencias (non da súa titularidade) a organizacións ou institucións internacionais, o que non ocorre coa estipulación obxecto da

nosa resolución, pois nela non se ceden ou transfíren competencias, senón que, simplemente, se estende a aqueles que non son nacionais uns dereitos que, segundo o artigo 13.2, non podería atribuírselles. (...)

5. A antinomia entre o precepto sometido a exame de constitucionalidade e o artigo 13.2 da norma fundamental non é, pois, reducible a través do previsto no artigo 93 da Constitución. Outro tanto hai que dicir, polo demais, ante a suxestión que no requirimento se fai para superar ou relativizar, de novo, o límite daquel precepto e a conseguinte exigencia de reforma da Constitución, a través da hipotética equiparación lexislativa dos cidadáns da Unión Europea, «para efectos» do dereito de sufraxio municipal, como nacionais españois.

Sendo certo que a Constitución non define aqueles que son españois (tarefa que define *-sic-* ao lexislador no seu artigo 11.1), e resultando, así mesmo, indiscutible que non existe un réxime xurídico uniforme para todos os nacionais, e que pode ser diverso tamén o duns e doutros estranxeiros, é patente, no entanto, que a Constitución, no seu artigo 13, introduciu regras imperativas e inevitables para todos os poderes públicos españois (artigo 9.1 da norma fundamental) para o recoñecemento de dereitos constitucionais en favor das non nacionais. Cóntase entre tales regras, segundo vimos lembrando, a que reserva aos españois a titularidade e o exercicio de dereitos fundamentais moi concretos, dereitos -como o de sufraxio pasivo que aquí importa- que non poden ser atribuídos, nin por lei, nin por tratado, a aqueles que non teñan aquela condición; isto é, que soamente poden ser conferidos aos estranxeiros a través da reforma da Constitución. Pois ben, este límite constitucional desaparecería -e con el, a propia forza de obrigar da Constitución- se tomase forma xurídica e fose aceptada a interpretación que o Goberno expuxo, segundo a cal puidese o lexislador cuñar nacionalidades *ad hoc* coa única e exclusiva finalidade de eludir a vixencia da limitación contida no artigo 13.2 CE. O lexislador da nacionalidade debe, como é obvio, definir aqueles que son españois, é dicir, aqueles que teñen, potencialmente, capacidade para ser titulares de calquera situación xurídica no ordenamento e sobre iso non lle dá a Constitución pauta material ningunha. Pero non pode, sen incorrer en inconstitucionalidade, fragmentar, parcelar ou manipular esa condición, recoñecéndoa soamente para determinados efectos co único obxecto de

concederlles a aqueles que non son nacionais un dereito fundamental, que, como é o caso do sufraxio pasivo, lles está expresamente vedado polo artigo 13.2 da Constitución.

O anterior non podería, claro está, ser desvirtuado pola alusión que no requirimento se fai ao expediente das ficcións legais. Unha ficción legal non é outra cousa que unha construción xurídica que ten por obxecto, contrariando a realidade, introducir no ámbito de aplicación dunha norma anterior un suposto de feito que, doutra forma, estaría excluído deste, sendo unha das súas notas definitorias esenciais non ser medio idóneo para operar sobre o xuridicamente imposible, como é reformar a Constitución á marxe dos procedementos expresamente previstos con tal obxecto nos artigos 167 e 168 da propia Constitución, procedementos que o lexislador, sometido como está ao principio de supremacía da norma fundamental, non pode de ningún modo evitar, nin directamente, nin mediante a técnica indirecta, excepcional e subsidiaria da *fictio juris*.

6. A conclusión que se impón é, pois, a de que existe unha contradición, irreductible por vía de interpretación, entre o artigo 8 B, punto 1, do Tratado da Comunidade Económica Europea, segundo quedaría este redactado polo Tratado da Unión Europea, dunha parte, e o artigo 13.2 da nosa Constitución, doutra; contradición que afecta parte daquel precepto que recoñecería o dereito de sufraxio pasivo nas eleccións municipais a un conxunto xenérico de persoas (os nacionais doutros países membros da Comunidade) que non teñen a condición de españois. A única vía existente en dereito para superar tal antinomía e para ratificar ou asinar aquel tratado é, así, a que previu a Constitución no seu artigo 95.1: a revisión previa da norma fundamental na parte desta que impón hoxe a conclusión desta declaración. A dita reforma constitucional deberá remover o obstáculo contido no artigo 13.2, que impide estender aos non nacionais o dereito de sufraxio pasivo nas eleccións municipais.

De todo o anteriormente exposto, infírese a conclusión de que, ao non contrariar o precepto examinado outra norma da Constitución distinta ao artigo 13.2 desta, o procedemento para a revisión constitucional, que prevé o artigo 95.1, debe ser o de carácter xeral ou ordinario recollido no artigo 167 da nosa lei fundamental. Con esta última declaración damos resposta á última das cuestións suscitadas polo Goberno.>>

En consecuencia, tras esta contundente e impecable argumentación xurídica, o Tribunal

Constitucional conclúe determinando:

<<1º Que a estipulación contida no futuro artigo 8 B, punto 1, do Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea, tal e como quedará redactado polo Tratado da Unión Europea, é contraria ao artigo 13.2 da Constitución no relativo á atribución do dereito de sufraxio pasivo en eleccións municipais aos cidadáns da Unión Europea que non sexan nacionais españois.

2º Que o procedemento de reforma constitucional, que se debe seguir para obter a adecuación da dita norma convencional á Constitución, é o establecido no seu artigo 167.>>

A relevancia dos tratados e, en concreto, do Tratado de adhesión de España ás comunidades europeas, vén referendado, ademais, polo feito de que, desde 1978, a reforma constitucional tivese que agardar esta vicisitude para ser inaugurada.

Na Declaración 1/2004, que non deu pé a outra reforma constitucional, o Tribunal Constitucional examinou a congruencia da nosa norma de normas co *non nato* tratado polo que se establece unha constitución para Europa, concluíndo:

<<1.º Que non existe contradición entre a Constitución española e o artigo I-6 do Tratado polo que se establece unha constitución para Europa, asinado en Roma o 29 de outubro de 2004.

2.º Que non existe contradición entre a Constitución española e os artigos. II-111 e II-112 do dito tratado.

3.º Que o artigo 93 da Constitución española é suficiente para a prestación do consentimento do Estado ao tratado referido.

4.º Que non procede facer ningunha declaración en canto á cuarta das preguntas do Goberno.>>

O artigo 96, que pecha o capítulo III do título III da Constitución, proclama a incorporación e efectos dos tratados ao noso ordenamento:

<<1. Os tratados internacionais validamente celebrados, unha vez publicados oficialmente en España, formarán parte do ordenamento interno. As súas disposicións soamente

poderán ser derogadas, modificadas ou suspendidas na forma prevista nos propios tratados ou de acordo coas normas xerais do dereito internacional.

2. Para a denuncia dos tratados e convenios internacionais utilizarase o mesmo procedemento previsto para a súa aprobación no artigo 94.>>

Convén, non obstante, para comprender o alcance que a nosa Constitución outorga aos tratados, integrar os seus preceptos coa terminoloxía auténtica incorporada á Convención de Viena sobre o dereito dos tratados, do 23 de maio de 1969, que detalla:

<<Artigo 2. Termos empregados.

1. Para os efectos da presente convención:

a) enténdese por "tratado" un acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e rexido polo dereito internacional, xa conste nun instrumento único ou en dous ou máis instrumentos conexos e calquera que sexa a súa denominación particular;

b) enténdese por "ratificación", "aceptación", "aprobación" e "adhesión", segundo o caso, o acto internacional así denominado polo cal un Estado fai constar no ámbito internacional o seu consentimento en obrigarse por un tratado;

c) enténdese por "plenos poderes" un documento que emana da autoridade competente dun Estado e polo que se designa unha ou varias persoas para representar o Estado na negociación, na adopción ou na autenticación do texto dun tratado, para expresar o consentimento do Estado en obrigarse por un tratado ou para executar calquera outro acto con respecto a un tratado;

d) enténdese por "reserva" unha declaración unilateral, calquera que sexa o seu enunciado ou denominación, feita por un Estado ao asinar, ratificar, aceptar ou aprobar un tratado ou ao adherirse a el, co obxecto de excluír ou modificar os efectos xurídicos de certas disposicións do tratado na súa aplicación a ese Estado;

e) enténdese por un "Estado negociador" un Estado que participou na elaboración e adopción do texto do tratado;

f) enténdese por "Estado contratante" un Estado que consentiu en obrigarse polo tratado, entrase ou non en vigor o tratado;

g) enténdese por "parte" un Estado que consentiu en obrigarse polo tratado e con respecto ao cal o tratado está en vigor;

h) enténdese por "terceiro Estado" un Estado que non é parte no tratado;

i) enténdese por "organización internacional" unha organización intergubernamental.

2. As disposicións do parágrafo I sobre os termos empregados na presente convención entenderanse sen prexuízo do emprego deses termos ou do sentido que se lles poida dar no dereito interno de calquera Estado.>>

Así mesmo, é preciso recordar o establecido pola dita convención en dous casos concretos, onde poden xurdir conflitos entre o acto internacional e a Constitución:

<<Artigo 46. Disposicións de dereito interno concernentes á competencia para celebrar tratados.

1. O feito de que o consentimento dun Estado en obrigarse por un tratado fose manifestado en violación dunha disposición do seu dereito interno concernente á competencia para celebrar tratados non poderá ser alegado polo dito Estado como vicio do seu consentimento, a menos que esa violación sexa manifesta e afecte unha norma de importancia fundamental do seu dereito interno.

2. Unha violación é manifesta se resulta obxectivamente evidente para calquera Estado que proceda na materia conforme a práctica usual e de boa fe.

Artigo 47. Restrición específica dos poderes para manifestar o consentimento dun Estado.

Se os poderes dun representante para manifestar o consentimento dun Estado en obrigarse por un tratado determinado fosen obxecto dunha restrición específica, a inobservancia desa restrición por tal representante non se poderá alegar como vicio do consentimento manifestado por el, a menos que a restrición fose notificada con anterioridade á manifestación dese consentimento aos demais Estados negociadores.>>

3. AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS E A ACCIÓN EXTERIOR DO ESTADO.

As comunidades autónomas son integrantes do Estado e, ademais, posúen competencias susceptibles dunha natural e consubstancial proxección exterior, alén das fronteiras

españolas, como poden ser o turismo, a atención aos emigrantes ou a promoción comercial, entre outras.

Durante o desenvolvemento do sistema autonómico español, a propia doutrina do Tribunal Constitucional foi evolucionando. Entre as sentenzas máis destacables dese proceso evolutivo podemos salientar nunha primeira fase a 154/1985, sobre o Instituto Galego de Bacharelato a Distancia.

Mediante o Decreto 120/1982, do 5 de outubro, da Xunta de Galicia, créase o Instituto Galego de Bacharelato a Distancia. No seu artigo 2 precísase que «o ámbito de actuación do Instituto Galego de Bacharelato a Distancia abranguerá o territorio da comunidade galega. A súa aplicación estenderase tamén, se é o caso, aos emigrantes e ás comunidades galegas asentadas fóra de Galicia». Por este último inciso, invocando o artigo 149.1.2ª, 3ª e 30ª da Constitución, o Consello de Ministros decide presentar conflito positivo de competencias. Ao respecto, o Tribunal Constitucional conclúe por aquel entón que <<a titularidade da competencia controvertida, en canto supoña actuación de poderes públicos no estranxeiro, corresponde ao Estado (...)>>.

Outra sentenza do Tribunal Constitucional na mesma liña interpretativa orixinaria é a 137/1989, onde a representación do Estado promoveu conflito positivo de competencias fronte á Xunta de Galicia, en relación co denominado «comunicado de colaboración» subscrito o 2 de novembro de 1984 entre o conselleiro de Ordenación do Territorio e Medio Ambiente, por un lado, e a Dirección Xeral do Medio Ambiente do Goberno do Reino de Dinamarca, por outro.

A fundamentación xurídica do Tribunal Constitucional nesta sentenza é un compendio da liña maioritaria por aquel entón no concernente á acción exterior autonómica. Nótese, no entanto, que as circunstancias axuizadas son previas ao feito crucial da adhesión de España ás comunidades europeas. En definitiva, argumenta o Pleno:

<< 3. Obrigados como estamos, pois, a axuizar o comunicado recorrido desde a óptica da conformidade ou desconformidade coa orde de competencias establecida no bloque da constitucionalidade, débese empezar, ao respecto, por constatar que o constituínte -nun precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco, segundo se deduce dos seus antecedentes parlamentarios- reservou en exclusiva aos órganos centrais do Estado a

totalidade das competencias en materia de relacións internacionais. Este carácter da materia citada xa foi observado con anterioridade, ben que sucintamente, por este tribunal (así nas SSTC 44/1982, fundamento xurídico 4.º e 154/1985, fundamento xurídico 5.º). Agora temos que precisalo máis, en atención ao suposto recollido no presente proceso.

Co fin de acoutar correctamente a cuestión aquí obxecto de debate, débese sinalar que esta non fai referencia ao papel que lles corresponde ás comunidades autónomas en xeral, e á de Galicia en particular, nos procedementos internos de elaboración e execución dos tratados internacionais. A cuestión é, en efecto, outra: a de se o título competencial contido no artigo 149.1, 3ª da C.E. elimina de raíz calquera forma de *ius contrahendi* dos entes autonómicos. De resultar iso así, todo convenio ou acordo celebrado por un de tales entes cunha organización internacional, un Estado ou outro ente intraestatal estranxeiros sería inconstitucional, e iso con independencia da competencia do ente aludido sobre o sector material de actividade concreto obxecto de pacto.

4. Foi obxecto de críticas doutrinais o feito de que o constituínte, pasando por alto a heteroxeneidade que hoxe teñen as relacións internacionais e a conexión que frecuentemente gardan as actuacións a que dan lugar con aquelas competencias que as comunidades autónomas poden ter nos seus estatutos, de acordo co disposto nos artigos 148.1 e 149.1 da CE definise, non obstante, a dita materia con denominación tan sintética. Tales críticas móvense, no entanto, como é claro, no plano de *Constitutione ferenda*; na perspectiva de *Constitutione lata* (sic) existe unanimidade doutrinal en afirmar a exclusiva titularidade estatal da competencia para se obrigar por medio de convenios ou tratados internacionais. A nosa Constitución non contén excepción ou ningunha excepción ao respecto en beneficio das comunidades autónomas, nin en función de tales ou cales materias, aínda que, como é claro, tampouco impide que a cooperación entre o Estado e as comunidades autónomas se proxecte tamén neste ámbito, mediante estruturas adecuadas, para as que, tanto a propia Constitución (artigo 150.2) como o dereito comparado (tratados-marco, etcétera) ofrecen amplas posibilidades.

A conclusión de que no dereito español o *treaty-making power* pertence ao Estado e unicamente a el, non soamente se deduce, no entanto, do artigo 149.1, 3ª do texto constitucional illadamente considerado, senón que encontra, así mesmo, fundamento e

confirmación noutros preceptos da Constitución, nos antecedentes da elaboración desta e na interpretación efectuada ao propósito polo lexislador dos estatutos de autonomía.

Así, nos artigos. 93 e 94.1 da Constitución exíxese a intervención previa das Cortes Xerais para que autoricen a celebración de determinado tipo de tratados, celebración que compete en exclusiva ao *ius contrahendi* do Estado. Hai outra clase de tratados para os que non se require autorización parlamentaria, senón a inmediata información ás Cámaras da súa conclusión (artigo 94.2). Tamén compete ao Estado a celebración destes tratados, xa que a situación contextual do artigo 94.2 permite apreciar sen dificultade que tal celebración corresponde ao Goberno da Nación. Iso non supón que o título competencial do Estado na celebración de tratados se encontre nos artigos 93 e 94 da CE -os cales regulan simplemente a intervención das Cortes Xerais e do Goberno no proceso decisorio correspondente-, senón no artigo 149.1.3.^a, cuxo debido alcance aqueles preceptos contribúen a perfilar. Como o fai, así mesmo, o artigo 97, que encomenda ao Goberno a dirección da política exterior, neste e noutros aspectos das «relacións internacionais».

En canto aos antecedentes da elaboración da Constitución cabe observar que os constituíntes tiveron ocasión de pronunciarse sobre a cuestión do *ius contrahendi* das comunidades autónomas como resultado dunha emenda do Grupo Parlamentario Vasco ao anteproxecto constitucional, emenda na que se propoñía que a competencia exclusiva do Estado se entendese «sen prexuízo de que naquelas materias comprendidas no ámbito da potestade normativa dos territorios autónomos, estes poidan concertar acordos co consentimento do Goberno do Estado». A emenda foi derrotada na Comisión de Asuntos Constitucionais do Congreso e retirada no debate plenario polos seus promotores.

Por outro lado, os estatutos de autonomía límitanse, na cuestión que examinamos, a facultar, en xeral, as comunidades autónomas para instar do Estado a negociación de certos tratados e/ou para recibir información respecto da negociación relativa aos tratados referentes a certas materias. En cambio, o Estatuto galego establece que a Comunidade Autónoma «poderá solicitar do Goberno que celebre e presente, se é o caso, ás Cortes Xerais, para a súa autorización, os tratados ou convenios que permitan o establecemento de relacións culturais cos Estados con que manteña particulares vínculos culturais ou lingüísticos» (artigo 35.3), precepto este cuxa situación sistemática dentro da regulación

dos convenios e acordos de cooperación entre a Comunidade Autónoma de Galicia e as demais comunidades autónomas (artigo 35.1 e 2) resulta expresiva do cinguido ámbito de pacto a que se debe circunscribir, de acordo coa Constitución e o Estatuto, a aludida comunidade.

5. Alcanzada, en virtude do exposto, a conclusión de que soamente ao Estado lle é dable concertar pactos internacionais sobre toda sorte de materias (non importa agora con que límites, senón que abonda con afirmar a existencia no noso dereito dun único suxeito dotado de *ius contrahendi* na esfera das relacións internacionais), é claro que o acto impugnado neste proceso -o Comunicado suscrito pola Xunta de Galicia e a Dirección Danesa do Medio Ambiente-, en canto que reflicte a existencia dun acordo ou compromiso recíproco de ambas as partes, implica o exercicio pola Xunta de Galicia dunha competencia da que constitucional e estatutariamente carece. Pouco importa aquí que o acordo citado comprometa ou non a responsabilidade internacional do Estado. O importante é que a súa simple existencia revela que a Comunidade Autónoma de Galicia, actuando en nome propio e á marxe de toda actuación do Estado, realizou un acto ilexítimo desde unha perspectiva interna, constitucional, posto que o *ius contrahendi* pertence no noso dereito exclusivamente ao Estado.>>

Por tales circunstancias, o Tribunal Constitucional sentenciou que a titularidade da competencia controvertida correspondía ao Estado en canto ao acordo de colaboración implícito no comunicado suscrito o 2 de novembro de 1984, en nome da Consellería de Ordenación do Territorio e a Dirección do Medio Ambiente do Goberno de Dinamarca.

Con todo, esta sentenza sobre o acordo galaico-danés rexistrou un voto particular suscrito por catro maxistrados que abría unha nova liña interpretativa do papel exterior das comunidades autónomas.

Pero o punto de inflexión da doutrina constitucional previa deuse coa Sentenza 165/1994, aínda que o cambio xa se aventuraba nas sentenzas que comezaron a avaliar a intervención autonómica na execución do dereito comunitario, sen que iso puidese ser cuestionado invocando unha xenérica responsabilidade internacional do Estado (v.gr. SSTC 79/1992 e 117/1992).

O detonante do conflito positivo de competencias, interesado pola Administración xeral do

Estado, foi o Decreto do Goberno vasco 89/1988, do 19 de abril, cuxo inciso do artigo 4 dispoñía: «e no que se encadra a súa oficina en Bruxelas»; ademais, noutro inciso do artigo 23, parágrafo primeiro, dispoñíase: «e actuará como órgano de relación e coordinación xeral coas ditas institucións», e, ademais, a letra a) do artigo 23 falaba de «coordinar as relacións que se produzan entre as institucións públicas vascas e os organismos comunitarios e o Consello de Europa». Cabe acrecentar que, tamén en 1988, a Xunta de Galicia promoveu a creación da Fundación Galicia Europa, que abriría inmediatamente unha oficina en Bruxelas.

Nos fundamentos xurídicos da Sentenza 165/1994 detalla o Tribunal Constitucional por que é constitucional esta forma de acción exterior autonómica:

<< 4. (...) Por conseguinte, cabe considerar que, cando España actúa no ámbito das comunidades europeas, están facendo nunha estrutura xurídica que é moi distinta da tradicional das relacións internacionais. Pois o desenvolvemento do proceso de integración europea veu crear unha orde xurídica, a comunitaria, que, para o conxunto dos Estados compoñentes das comunidades europeas, se pode considerar para certos efectos como «interna». En correspondencia co anterior, se se trata dun Estado complexo, como é o noso, aínda cando sexa o Estado quen participa directamente na actividade das comunidades europeas e non as comunidades autónomas, é indubidable que estas posúen un interese no desenvolvemento desta dimensión comunitaria. Polo que non pode sorprender, dun lado, que varias comunidades autónomas creasen, dentro da súa organización administrativa, departamentos encargados do seguimento e da evolución da actividade das institucións comunitarias. E doutro lado, ao igual que ocorre no caso doutros Estados membros das comunidades europeas, que os entes territoriais procurasen establecer nas sedes das institucións comunitarias, mediante formas organizativas de moi distinta índole, oficinas ou axencias encargadas de pedir directamente a información necesaria sobre a actividade das ditas institucións que poida afectar, mediatamente, as actividades propias de tales entes. (...)

5. Non obstante o dito, a posibilidade de que dispoñen as comunidades autónomas, como parte do exercicio das súas competencias, para levar a cabo unha actividade con proxección externa, así como o alcance que esa actividade poida ter, conta cun límite

evidente: as reservas que a Constitución efectúa en favor do Estado, e, sinaladamente, a reserva prevista no artigo 149.1.3 da Constitución que confire ao Estado competencia exclusiva en materia de relacións internacionais.

Certamente, para delimitar o alcance desa reserva, é necesario ter en conta que non cabe identificar a materia «relacións internacionais» con todo tipo de actividade con alcance ou proxección exterior. Iso resulta tanto da mesma literalidade da Constitución (que considerou necesario reservar especificamente ao Estado áreas de actuación externa que se consideran distintas das «relacións internacionais»: así, «comercio exterior» -artigo 149.1.10- ou «sanidade exterior» -artigo 149.1.16-) como da interpretación xa efectuada pola xurisprudencia deste tribunal, que manifestou que non acepta que «calquera relación, por afastada que sexa, con temas en que estean involucrados outros países ou cidadáns estranxeiros, implique por si soa ou necesariamente que a competencia resulte atribuída á regra «relacións internacionais» (STC 153/1989, fundamento xurídico 8.). E, máis proximamente ao tema que nos ocupa, sentamos que «a dimensión externa dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do artigo 149.1.3 CE, que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada dunha certa incidencia exterior, por remota que sexa, xa que, se así fose, se produciría unha reordenación da propia orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas» (STC 80/1993, fundamento xurídico 3, que se remite ás SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 e 100/1991).

Agora ben, e aínda cando non caiba identificar toda actividade de proxección exterior coa materia de «relacións internacionais» que a Constitución reserva á competencia estatal, non é menos certo que esa reserva supón forzosamente que quedarán fóra das competencias das comunidades autónomas todas aquelas actuacións que se sexan incluíbles nese título. Sobre iso xa se pronunciou este tribunal en varias ocasións e, sen pretender unha descrición exhaustiva da reserva en favor do Estado, identificouse algún dos elementos esenciais que conforman ou seu contido (SSTC 153/1989, fundamento xurídico 8, e 80/1993, fundamento xurídico 3). E aínda sen pretender levar a cabo agora esa tarefa, no entanto, cabe sinalar en termos xerais que, interpretado o artigo 149.1.3 CE en relación con outros preceptos da norma fundamental,

como é o caso dos artigos 63, 93 a 96 e 97, desta interpretación claramente se desprende, dun lado e en sentido negativo, que as «relacións internacionais», en canto materia xurídica, non se identifican en modo ningún co contido máis amplo que posúe a dita expresión en sentido sociolóxico, nin con calquera actividade exterior. Nin tampouco, obvio é, coa «política exterior» en canto acción política do Goberno. Doutro lado, en sentido positivo, que o obxecto daquela reserva -en termos xerais, como se dixo- son as relacións de España con outros Estados independentes e soberanos, o aspecto máis tradicional destas relacións, e coas organizacións internacionais gobernamentais. Relacións que, en todo caso, están rexidas polo «dereito internacional xeral» a que se refire o artigo 96.1 CE, e polos tratados e convenios en vigor para España. Son, pois, as normas do dereito internacional, xeral ou particular, aplicables a España, as que permiten determinar, en cada caso, tanto o contido destas como o seu suxeito. Polo que este tribunal se puido referir, en relación co artigo 149.1.3 CE, a materias tan características do ordenamento internacional como son as relativas á celebración de tratados (*ius contrahendi*) e á representación exterior do Estado (*ius legationis*), así como á creación de obrigacións internacionais e á responsabilidade internacional do Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 e 80/1993).

En suma, pois, as «relacións internacionais» obxecto da reserva contida no artigo 149.1.3 CE son relacións entre suxeitos internacionais e rexidas polo dereito internacional. E iso exclúe, necesariamente, que os entes territoriais dotados de autonomía política, por non seren suxeitos internacionais, poidan participar nas «relacións internacionais» e, conseguintemente, concertar tratados con Estados soberanos e organizacións internacionais gobernamentais. E no que aquí particularmente importa exclúe igualmente que os ditos entes poidan establecer órganos permanentes de representación ante eses suxeitos, dotados dun estatuto internacional, pois iso implica un previo acordo co Estado receptor ou a organización internacional ante a que exercen as súas funcións. (...)

6. Á vista do alcance da competencia exclusiva estatal, pois, a posibilidade das comunidades autónomas de levar a cabo actividades que teñan unha proxección exterior débese entender limitada a aquelas que, sendo necesarias, ou ao menos convenientes, para o exercicio das súas competencias, non impliquen o exercicio dun *ius contrahendi*, non orixinen obrigacións inmediatas e actuais fronte a poderes públicos

estranxeiros, non incidan na política exterior do Estado e non xeren responsabilidade deste fronte a Estados estranxeiros ou organizacións inter ou supranacionais. (...) >>.

En consecuencia, ao desestimar a demanda da Administración xeral do Estado, o Tribunal Constitucional abriu coa súa Sentenza 165/1994 unha nova etapa para a acción exterior autonómica.

É neste novo contexto no cal se encadra a Lei 2/1997, do 13 de marzo, pola que se regula a Conferencia para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas, conferencia definida do seguinte modo no seu artigo 1:

<<Artigo 1. Definición.

1. A Conferencia para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas, que se regula na presente lei, é un órgano de cooperación entre o Estado e as comunidades autónomas para articular adecuadamente a concorrencia destas nas cuestións propias da súa participación nos asuntos comunitarios europeos.

2. En particular, a Conferencia debe garantir a participación efectiva das comunidades autónomas na fase de formación da vontade do Estado ante as institucións comunitarias e na execución do dereito comunitario.

3. A Comisión de Coordinadores de Asuntos Comunitarios Europeos será o órgano de apoio da Conferencia. A súa composición e regras de funcionamento serán establecidas pola propia conferencia.>>

E as súas funcións concretáronse no artigo 3 da mesma lei:

<<Artigo 3. Funcións.

A Conferencia, como órgano de cooperación, de consulta e deliberación entre o Estado e as comunidades autónomas, e sen prexuízo das súas respectivas facultades de actuación no marco das súas competencias, entenderá das seguintes materias:

1. A información ás comunidades autónomas e a discusión en común sobre o desenvolvemento do proceso de construción europea.

2. A articulación de mecanismos para facer efectiva a participación das comunidades autónomas na formación da vontade do Estado no seo das comunidades europeas.

3. O tratamento e resolución de acordo co principio de cooperación daquelas cuestións de alcance xeral ou contido institucional relacionadas coas comunidades europeas como as seguintes:

a. Procedementos técnicos para asegurar a recepción da información comunitaria de carácter xeral por parte das comunidades autónomas.

b. Técnica normativa tanto para incorporar as directivas ao dereito interno como para aplicar, desenvolver ou executar regulamentos e decisións.

c. Fórmulas de participación nos procedementos internos para o cumprimento de obrigacións ante as institucións comunitarias.

d. Problemas presentados na execución do dereito comunitario por implicar varias políticas comunitarias ou exixir medidas internas cun certo grao de coordinación temporal ou material.

e. Cuestións relativas á participación das comunidades autónomas nos asuntos relacionados coas comunidades europeas que carezan dunha conferencia sectorial ou instrumento equivalente onde ser tratadas.

4. O impulso e seguimento do procedemento de participación das comunidades autónomas, a través das respectivas conferencias sectoriais ou organismo equivalente, nas políticas ou accións comunitarias que afectan as competencias daquelas.

5. Garantir o cumprimento nas conferencias sectoriais dos procedementos e fórmulas de participación das comunidades autónomas previstos nas materias 3.c) e 4), e dispoñer a adecuada aplicación destes.

6. O tratamento daquelas cuestións da participación das comunidades autónomas nos asuntos relacionados coas comunidades europeas que consideren oportuno.>>

Para Galicia, a aprobación do Decreto 4/1997, do 9 de xaneiro, polo cal se crea a Secretaría Xeral de Relacións coa Unión Europea e Acción Exterior¹, e da Lei 3/2003, do 19 de xuño, de cooperación para o desenvolvemento, foron dous pasos de grande

1 A Secretaría Xeral de Relacións coa Unión Europea substituíuse pola Dirección Xeral de Relacións Exteriores e coa Unión Europea, integrada na Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza polo Decreto 83/2009, do 21 de abril, substituído despois polo Decreto 253/2012, do 5 de decembro.

importancia no afianzamento da súa acción exterior. No caso da referida Lei 3/2003, queda claro no seu obxecto (artigo 1.1): <<O obxecto da presente lei é regular as accións con que a comunidade galega asume a responsabilidade de cooperar con outros países para propiciar o seu desenvolvemento integral, contribuír á mellora das condicións de vida dos seus habitantes e aliviar e corrixir as situacións de pobreza e propiciar un desenvolvemento humano solidario e estable, que inclúa maiores cotas de liberdade e unha repartición máis xusta dos froitos do crecemento económico.>>

No ámbito da Administración xeral do Estado, esa nova realidade plasouse, ademais, entre outras disposicións, na Resolución do 28 de febreiro de 2005, da Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, pola que se ordena a publicación dos Acordos do 9 de decembro de 2004, da Conferencia para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas, sobre a Consellería para Asuntos Autonómicos na representación permanente de España ante a Unión Europea e sobre a participación das comunidades autónomas nos grupos de traballo do Consello da Unión Europea.

Cabe finalizar o tema citando outra sentenza do Tribunal Constitucional, ditada en Pleno, e máis recente en data que as xa citadas: a Sentenza número 193/2013, do 21 novembro, conflito positivo de competencia número 534-2004, recolle a doutrina constitucional sobre a materia no seu fundamento de dereito terceiro, nos seguintes termos:

"Polo que se refire á cuestión de fondo, débese analizar, en primeiro lugar, se, como denuncia o Goberno da Nación, o conselleiro de Agricultura e Pesca do Goberno da Comunidade Autónoma do País Vasco, ao subscribir o Acordo do 21 de setembro de 2003 co ministro de Pesca e de Economía Marítima da República Islámica de Mauritania, lesionou a competencia exclusiva do Estado en materia de relacións internacionais derivada do artigo 149.1.3 CE (RCL 1978, 2836).

O Tribunal pronunciouse en diversas ocasións sobre o alcance deste título competencial. Na STC 137/1989, do 20 xullo (RTC 1989, 137), que axuizou un suposto que ten certas similitudes co que agora se examina -o obxecto do conflito suscitado era un «comunicado» de colaboración subscrito entre o conselleiro de Ordenación do Territorio e Medio Ambiente da Xunta de Galicia e a Dirección Xeral do Medio Ambiente do Goberno do Reino de Dinamarca-, chegouse á conclusión de que «só ao Estado lle é dado

concertar pactos internacionais sobre toda clase de materias» (FX 5). Esta sentenza declara que esta conclusión se fundamenta non só no «artigo 149.1.3.^a do texto constitucional illadamente considerado, senón que encontra, así mesmo, fundamento e confirmación noutros preceptos da Constitución, nos antecedentes da elaboración desta e na interpretación efectuada a propósito polo lexislador dos estatutos de autonomía». Esta afirmación desenvólvese na sentenza argumentando: (a) Os artigos. 93, 94 e 97 CE, aínda que non constitúen ningún título atributivo de competencias, contribúen a perfilar o título competencial que contén o artigo 149.1.3 CE, xa que estes preceptos, ao regular a intervención das Cortes Xerais e do Goberno no procedemento para a celebración dos distintos tratados internacionais, poñen de manifesto que lle corresponde ao Estado en exclusiva o ius contrahendi [dereito de obrigarse]. (b) A STC 137/1989, do 20 de xullo, FX 4, pon de manifesto que «os constituíntes tiveron ocasión de pronunciarse sobre a cuestión do ius contrahendi das comunidades autónomas como resultado dunha emenda do Grupo Parlamentario Vasco ao anteproxecto constitucional, emenda na que se propoñía que a competencia exclusiva do Estado se entendese sen prexuízo de que naquelas materias comprendidas no ámbito da potestade normativa dos territorios autónomos estes poidan concertar acordos co consentimento do Goberno do Estado. A emenda foi derrotada na Comisión de Asuntos Constitucionais do Congreso e retirada no debate plenario polos seus promotores.» (c) «[O]s estatutos de autonomía límitanse, na cuestión que examinamos, a facultar, en xeral, as comunidades autónomas para instar do Estado a negociación de certos tratados e/ou para recibir información respecto da negociación relativa aos tratados referentes a certas materias.»

Á mesma conclusión chegaron as SSTC 31/2010, do 28 de xuño, FX 87, e 80/2012, do 18 de abril, FX 4, esta última con motivo do recurso de inconstitucionalidade contra o artigo 16.6 da Lei do Parlamento Vasco 14/1998, do 11 de xuño, do deporte. Nesta resolución, o Tribunal reiterando a doutrina existente, especialmente nas SSTC 137/1989, do 20 de xullo e 165/1994, do 26 de maio, afirma que o obxecto da reserva do artigo 149.1.3 CE se refire, aínda que non só, a «materias tan características do ordenamento internacional como son as relativas á celebración de tratados (ius contrahendi), e á representación exterior do Estado (ius legationis), así como á creación de obrigacións internacionais e á responsabilidade internacional do Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 e 80/1993)», e por

iso sostén que «a posibilidade das comunidades autónomas de levar a cabo actividades que teñan unha proxección exterior debe entenderse limitada a aquelas que, sendo necesarias, ou ao menos convenientes para o exercicio das súas competencias, non impliquen o exercicio dun ius contrahendi, non orixinen obrigacións inmediatas e actuais fronte a poderes públicos estranxeiros, non incidan na política exterior do Estado e non xeren responsabilidade deste fronte a Estados estranxeiros ou organizacións inter ou supranacionais» (STC 165/1994, do 26 de maio, FX 6)“.

E á vista desta doutrina conclúe no suposto concreto (fundamento de dereito cuarto):

"Deste modo, como o acordo suscrito tiña como obxecto que as partes contraesen obrigacións no ámbito do dereito internacional, a celebración deste o supuxo exercer o ius contrahendi. Tal conclusión comporta que o acto do conselleiro de Agricultura e Pesca do Goberno Vasco da Comunidade Autónoma do País Vasco vulnere as competencias que o artigo 149.1.3 CE lle atribúe ao Estado, pois, ao subscribir o referido acordo, estaba celebrando un tratado internacional e, como se expuxo ao analizar a xurisprudencia constitucional sobre o artigo 149.1.3 CE, de acordo coa doutrina deste tribunal, «só ao Estado lle é dado concertar pactos internacionais sobre toda sorte de materias», pois o Estado é «o único suxeito dotado de ius contrahendi na esfera das relacións internacionais» (STC 137/1989, do 20 de xullo , FX 5)“.

BIBLIOGRAFÍA:

- Constitución española de 1978.
- Carta constituyente de las Naciones Unidas, asinada en San Francisco, o 26 de xuño 1945.
- Convención de Viena sobre o dereito dos tratados, do 23 de maio de 1969.
- Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, do 18 de abril de 1961.
- Declaración 1/1992, do Tribunal Constitucional español, sobre o Tratado da Unión

Europea.

- Declaración 1/2004, do Tribunal Constitucional español, sobre o Tratado polo que se establece unha constitución para Europa.
- STC 154/1985.
- STC 137/1989.
- STC 165/1994.
- Lei 2/1997, do 13 de marzo, pola que se regula a Conferencia para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas.

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

Lic. en CC. Políticas e da Adm.

(Especialidade *Relacións Internacionais*).

Lic. en CC. Económicas

Lic. en Dereito

REVISADO POR ISABEL TORRALBA

Letrada da Xunta de Galicia

TEMA 2.

**A UNIÓN EUROPEA. NATUREZA, OBXECTIVOS E
FINS. NACEMENTO E FASES DA SÚA
EVOLUCIÓN. OS TRATADOS ORIXINARIOS E DE
MODIFICACIÓN.**

TEMA 2. A UNIÓN EUROPEA. NATUREZA, OBXECTIVOS E FINS. NACEMENTO E FASES DA SÚA EVOLUCIÓN. OS TRATADOS ORIXINARIOS E DE MODIFICACIÓN.

2.1. A UNIÓN EUROPEA.

Antes de converterse nun obxectivo político real, a idea de unir Europa non era máis que un soño de filósofos e visionarios. Víctor Hugo, por exemplo, imaxinou uns pacíficos "Estados Unidos de Europa" inspirados por ideais humanistas. O soño truncouse como consecuencia das dúas terribles guerras que devastaron o continente durante a primeira metade do século XX.

Non obstante, dos cascallos da Segunda Guerra Mundial xurdiu un novo tipo de esperanza. Os que se opuxeran ao totalitarismo durante a guerra estaban decididos a poñer fin ao odio e á rivalidade entre as nacións de Europa e a crear as condicións para o establecemento dunha paz duradeira. Entre 1945 e 1950, unha serie de estatistas, entre os cales se contan Robert Schuman, Konrade Adenauer, Alcide de Gasperi e Winston Churchill, emprenden a tarefa de persuadir os seus pobos sobre a necesidade de entrar nunha nova era e de crear novas estruturas en Europa occidental, baseadas nos intereses comúns e asentadas en tratados que garantisen o Estado de dereito e a igualdade de todos os países.

Robert Schuman (ministro francés de Asuntos Exteriores) recolleu unha idea orixinalmente concibida por Jean Monnet e, o 9 de maio de 1950, propuxo a creación dunha Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA). Situar baixo unha autoridade común, a Alta Autoridade, a produción de carbón e aceiro de países noutro tempo inimigos, contiña unha enorme carga simbólica: as materias primas da guerra transformábanse en instrumentos de reconciliación e de paz. Deste impulso fundacional nacerían e desenvolveríanse as Comunidades Europeas.

2.2. NATUREZA, OBXECTIVOS E FINS.

Coa entrada en vigor do Tratado de Lisboa, o 1 de decembro de 2009, perfilouse dunha maneira máis nítida a nova Unión Europea, herdeira das primeiras Comunidades Europeas.

Na versión consolidada do Tratado da Unión Europea tras o Tratado de Lisboa (DOUE C 83, do 30.3.2010), os fundadores definen esta organización internacional *sui generis* dá

seguinte forma:

«Artigo 1 (antigo artigo 1 do TUE)

Polo presente tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES constitúen entre si unha UNIÓN EUROPEA, no sucesivo denominada «Unión», á cal os Estados membros lle atribúen competencias para alcanzar os seus obxectivos comúns.

O presente tratado constitúe unha nova etapa no proceso creador dunha unión cada vez máis estreita entre os pobos de Europa, na cal as decisións serán tomadas da forma máis aberta e próxima aos cidadáns que sexa posible.

A Unión fundaméntase no presente tratado e no Tratado de funcionamento da Unión Europea (no sucesivo denominados «os Tratados»). Ambos os tratados teñen o mesmo valor xurídico. A Unión substituirá e sucederá a Comunidade Europea.»

«Artigo 2

A Unión fundaméntase nos valores de respecto da dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de dereito e respecto dos dereitos humanos, incluídos os dereitos das persoas pertencentes a minorías. Estes valores son comúns aos Estados membros nunha sociedade caracterizada polo pluralismo, a non discriminación, a tolerancia, a xustiza, a solidariedade e a igualdade entre mulleres e homes.

Artigo 3 (antigo artigo 2 do TUE)

1. A Unión ten como finalidade promover a paz, os seus valores e o benestar dos seus pobos.
2. A Unión ofrecerá aos seus cidadáns un espazo de liberdade, seguridade e xustiza sen fronteiras interiores, no cal estea garantida a libre circulación de persoas conxuntamente con medidas adecuadas en materia de control das fronteiras exteriores, asilo, inmigración e de prevención e loita contra a delincuencia.
3. A Unión establecerá un mercado interior. Obrará a prol do desenvolvemento sustentable de Europa baseado nun crecemento económico equilibrado e na estabilidade dos prezos, nunha economía social de mercado altamente competitiva, tendente ao pleno emprego e ao progreso social, e nun nivel elevado de protección e mellora da calidade do ambiente.

Así mesmo, promoverá o progreso científico e técnico.

A Unión combaterá a exclusión social e a discriminación e fomentará a xustiza e a protección sociais, a igualdade entre mulleres e homes, a solidariedade entre as xeracións e a protección dos dereitos do neno.

A Unión fomentará a cohesión económica, social e territorial e a solidariedade entre os Estados membros.

A Unión respectará a riqueza da súa diversidade cultural e lingüística e velará pola conservación e o desenvolvemento do patrimonio cultural europeo.

4. A Unión establecerá unha unión económica e monetaria cuxa moeda é o euro.

5. Nas súas relacións co resto do mundo, a Unión afirmará e promoverá os seus valores e intereses e contribuirá á protección dos seus cidadáns. Contribuirá á paz, á seguridade, ao desenvolvemento sustentable do planeta, á solidariedade e ao respecto mutuo entre os pobos, ao comercio libre e xusto, á erradicación da pobreza e á protección dos dereitos humanos, especialmente os dereitos do neno, así como ao estrito respecto e ao desenvolvemento do dereito internacional, en particular o respecto dos principios da Carta das Nacións Unidas.

6. A Unión perseguirá os seus obxectivos polos medios apropiados, de acordo coas competencias que se lle atribúen nos Tratados.»

Ademais, o artigo 6 do Tratado da Unión Europea reafirma a natureza de Unión de dereito e rexida polo dereito, ao incorporar a consagración de dereitos cívicos que a propia Unión debe fomentar e respectar:

«Artigo 6 (antigo artigo 6 do TUE)

1. A Unión recoñece 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, a cal terá o mesmo valor xurídico que os Tratados.

As disposicións da Carta non ampliarán de ningunha forma as competencias da Unión tal como se definen nos Tratados.

Os dereitos, liberdades e principios enunciados na Carta interpretaranse de acordo coas

disposicións xerais do título VII da Carta, polas cales se rexe a súa interpretación e aplicación e tendo debidamente en conta as explicacións a que se fai referencia na Carta, que indican as fontes das ditas disposicións.

2. A Unión adherirase ao Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais. Esta adhesión non modificará as competencias da Unión que se definen nos Tratados.

3. Os dereitos fundamentais que garante o Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais e os que son froito das tradicións constitucionais comúns aos Estados membros formarán parte do dereito da Unión como principios xerais.»

Seguidamente, o Tratado da Unión Europea recolle no seu título II «Disposicións sobre os principios democráticos» catro artigos que contribúen a reforzar o carácter *sui generis* da Unión, distanciando das simples organizacións internacionais, xa que recoñece o protagonismo dos cidadáns da Unión a través de diversas vías e procedementos:

«Artigo 9

A Unión respectará en todas as súas actividades o principio da igualdade dos seus cidadáns, que se beneficiarán por igual da atención das súas institucións, órganos e organismos. Será cidadán da Unión toda persoa que teña a nacionalidade dun Estado membro. A cidadanía da Unión engádese á cidadanía nacional sen substituíla.»

«Artigo 10

1. O funcionamento da Unión baséase na democracia representativa.

2. Os cidadáns estarán directamente representados na Unión a través do Parlamento Europeo.

Os Estados membros estarán representados no Consello Europeo polo seu xefe de Estado ou de Goberno e no Consello polos seus gobernos, que serán democraticamente responsables, ben ante os seus parlamentos nacionais, ben ante os seus cidadáns.

3. Todo cidadán ten dereito a participar na vida democrática da Unión. As decisións serán tomadas da forma máis aberta e próxima posible aos cidadáns.

4. Os partidos políticos a escala europea contribuirán a formar a conciencia política europea e a expresar a vontade dos cidadáns da Unión.»

«Artigo 11

1. As institucións darán aos cidadáns e ás asociacións representativas, polas canles apropiadas, a posibilidade de expresar e intercambiar publicamente as súas opinións en todos os ámbitos de actuación da Unión.

2. As institucións manterán un diálogo aberto, transparente e regular coas asociacións representativas e para a sociedade civil.

3. Con obxecto de garantir a coherencia e a transparencia das accións da Unión, a Comisión Europea manterá amplas consultas coas partes interesadas.

4. Un grupo de polo menos un millón de cidadáns da Unión, que sexan nacionais dun número significativo de Estados membros, poderá tomar a iniciativa de convidar a Comisión Europea, no marco das súas atribucións, a que presente unha proposta adecuada sobre cuestións que estes cidadáns consideren que requiren un acto xurídico da Unión para os fins da aplicación dos Tratados.

Os procedementos e as condicións preceptivos para a presentación dunha iniciativa deste tipo fixaranse de conformidade co parágrafo primeiro do artigo 24 do Tratado de funcionamento da Unión Europea.»

«Artigo 12

Os parlamentos nacionais contribuirán activamente ao bo funcionamento da Unión, para o cal:

a) serán informados polas institucións da Unión e recibirán notificación dos proxectos de actos lexislativos da Unión de conformidade co Protocolo sobre a función dos parlamentos nacionais na Unión Europea;

b) velarán por que se respecte o principio de subsidiariedade de conformidade cos procedementos establecidos no Protocolo sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade;

c) participarán, no marco do espazo de liberdade, seguridade e xustiza, nos mecanismos

de avaliación da aplicación das políticas da Unión no dito espazo, de conformidade co artigo 70 do Tratado de funcionamento da Unión Europea, e estarán asociados ao control político de Europol e á avaliación das actividades de Eurojust, de conformidade cos artigos 88 e 85 do dito tratado;

d) participarán nos procedementos de revisión dos Tratados, de conformidade co artigo 48 do presente tratado;

e) serán informados das solicitudes de adhesión á Unión, de conformidade co artigo 49 do presente tratado;

f) participarán na cooperación interparlamentaria entre os parlamentos nacionais e co Parlamento Europeo, de conformidade co Protocolo sobre as funcións dos parlamentos nacionais na Unión Europea.»

2.3. NACEMENTO E FASES DA SÚA EVOLUCIÓN.

Nunha primeira aproximación, podemos agrupar a evolución histórica da Unión Europea en dez grandes fitos:

1.- 1951: os seis membros fundadores establecen a Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro.

O 9 de maio de 1950, a Declaración de Schuman propuxo a creación dunha Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA), que se fixo realidade co Tratado de París do 18 de abril de 1951. Isto marcaba a apertura dun mercado común do carbón e do aceiro entre os seis países fundadores (Bélxica, a República Federal de Alemaña, Francia, Italia, Luxemburgo e os Países Baixos).

2.- 1957: establécese un mercado común mediante o Tratado de Roma.

Os Seis decidiron entón, co Tratado de Roma do 25 de marzo de 1957, construír unha Comunidade Económica Europea (CEE) baseada nun mercado común máis amplo que abranguese toda unha gama de bens e servizos. O 1 de xullo de 1968 suprimíronse completamente os dereitos de alfándega entre os seis países e ao longo da década dos sesenta implantáronse as políticas comúns, especialmente a política agrícola e a política comercial.

3.- 1973: a Comunidade amplíase a nove Estados membros e desenvolve as súas propias políticas comúns.

O éxito dos Seis impulsou a Dinamarca, a Irlanda e ao Reino Unido a unirse á Comunidade. Esta primeira ampliación, de seis a nove membros, produciuse en 1973, coincidindo coa posta en marcha de novas políticas sociais e ambientais e a creación do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (Feder) en 1975.

4.- 1979: primeiras eleccións directas ao Parlamento Europeo.

En xuño de 1979 produciuse un avance decisivo para a Comunidade Europea coas primeiras eleccións ao Parlamento Europeo por sufraxio universal directo.

5.- 1981: primeira ampliación mediterránea.

As adhesións de Grecia en 1981, e de España e Portugal en 1986, reforzaron a presenza da Comunidade no flanco sur de Europa, facendo ao mesmo tempo máis necesaria a ampliación dos seus programas de axuda rexional.

6.- 1993: finalización do mercado único.

A recesión económica mundial sufrida a comezos dos anos oitenta comportou unha vaga de "europesimismo". Non obstante, a esperanza de relanzamento da dinámica europea xurdiu de novo en 1985 cando a Comisión Europea, presidida por Jacques Delors, decide publicar un libro branco que establecía o calendario para a construción do mercado único europeo, cuxa finalización se debía producir antes do 1 de xaneiro de 1993. Este ambicioso obxectivo quedou consagrado na Acta única europea, que se asinou en febreiro de 1986 e entrou en vigor o 1 de xullo de 1987.

7.- 1993: o Tratado de Maastricht establece a Unión Europea.

A estrutura política de Europa sufriu unha profunda transformación coa caída do muro de Berlín en 1989; esta deu lugar á unificación de Alemaña en outubro de 1990 e á chegada da democracia aos países de Europa Central e Oriental, que se liberaban así do control soviético. A propia Unión Soviética deixou de existir en decembro de 1991. Mentres tanto, os Estados membros negociaban o novo Tratado da Unión Europea, que foi adoptado polo Consello Europeo, composto polos xefes de Estado ou de goberno, reunido en Maastricht en decembro de 1991. O Tratado entrou en vigor o 1 de novembro de 1993. Ao engadir ás

estruturas comunitarias integradas un sistema de cooperación intergubernamental nalgúns ámbitos, o Tratado creaba a Unión Europea.

8.- 1995: a UE amplíase a quince membros.

Este novo dinamismo europeo e a evolución da situación xeopolítica do continente levaron a tres novos países -Austria, Finlandia e Suecia- a adherirse á Unión o 1 de xaneiro de 1995.

9.- 2002: introdución dos billetes e das moedas de euro.

Daquela, a UE estaba camiño de alcanzar o seu logro máis espectacular ata a data: a creación dunha moeda única. En 1999 introduciuse o euro para as transaccións financeiras (non monetarias), mentres que tres anos máis tarde se emitían billetes e moedas nos doce países do espazo do euro (tamén denominado comunmente "zona euro").

En marzo de 2000, a UE adoptou a Estratexia de Lisboa con vistas a modernizar a economía europea para que puidese competir cos principais actores do mercado mundial, como os Estados Unidos e os países recentemente industrializados. A Estratexia de Lisboa fomenta o investimento en innovación e empresa, así como a adaptación dos sistemas educativos europeos para que poidan responder ás necesidades da sociedade da información.

10.- 2004: dez novos países adhírense á Unión.

Recentemente constituída a Europa dos Quince, iniciáronse os preparativos para unha nova ampliación sen precedentes. A mediados dos anos noventa, comezaron a chamar á porta da UE os antigos membros do bloque soviético (Bulgaria, a República Checa, Hungría, Polonia, Romanía e Eslovaquia), os tres Estados bálticos que unha vez formaron parte da Unión Soviética (Estonia, Letonia e Lituania), unha das repúblicas da antiga Iugoslavia (Eslovenia) e dous países mediterráneos (Chipre e Malta). As negociacións de adhesión iniciáronse en decembro de 1997. A ampliación da UE a vinte e cinco países tivo lugar o 1 de maio de 2004, coa adhesión de dez dos doce candidatos. A adhesión de Bulgaria e Romanía produciuse o 1 de xaneiro de 2007.

Dunha forma máis detallada podemos indicar os seguintes feitos relevantes:

- 19.9.1946: chamamento de Winston Churchill a favor dunha "especie de Estados

Unidos de Europa" nun discurso pronunciado na Universidade de Zurich.

- 17.12.1946: créase en París a Unión de Federalistas Europeos.
- 1.6.1947: René Courtin crea o Consello Francés para unha Europa Unida, que será absorbido posteriormente polo Movemento Europeo (1953). Promovidos polos demócratas cristiáns, créanse os *Nouvelles Equipes Internationales*, que máis tarde se converterán na *Union européenne des démocrates-chrétiens* (Unión Europea Demócrata Cristiá) (1965).
- 3.6.1947: fúndase o Movemento polos Estados Unidos Socialistas de Europa, que en 1961 pasará a chamarse Esquerda Europea.
- 5.6.1947: anúnciase o Plan Marshall, creado para a reconstrución económica de Europa.
- 27-31.8.1947: celébrase en Montreux, Suíza, o Congreso da Unión de Federalistas Europeos.
- 13-14.12.1947: as organizacións de federalistas e unionistas reúnen no Comité de coordinación internacional de movementos para a unificación europea.
- 17.3.1948: Bélxica, Francia, Luxemburgo, os Países Baixos e o Reino Unido asinan o Tratado da Unión Occidental (Tratado de Bruxelas).
- 16.4.1948: créase a Organización Europea para a Cooperación Económica (OECE) co fin de coordinar o plan Marshall.
- 7-11.5.1948: promovido polo Comité de coordinación internacional de movementos para a unificación europea, celébrase na Haia, Países Baixos, o Congreso Europeo, presidido por Winston Churchill e ao cal asisten 800 delegados. Os participantes recomendan a creación dunha asemblea deliberativa europea e un Consello especial europeo que se encarguen de preparar a integración política e económica dos países europeos. Tamén aconsellan a aprobación dunha Carta dos dereitos humanos e a creación dun Tribunal de Xustiza para garantir o respecto á dita Carta.
- 28.1.1949: Francia, Gran Bretaña e os países do Benelux deciden crear un Consello de Europa e piden a Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega e Suíza que participen na

preparación do seu estatuto.

- 4.4.1949: sinatura en Washington do Tratado do Atlántico Norte.
- 5.5.1949: o estatuto do Consello de Europa asínase en Londres, Reino Unido.
- 10.8.1949: celébrase en Estrasburgo a primeira sesión da asemblea consultiva do Consello de Europa. Os membros federalistas do Parlamento piden a creación dunha autoridade política europea.
- 9.5.1950: nun discurso inspirado por Jean Monnet, o ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, propuxo integrar as industrias do carbón e do aceiro de Europa Occidental.
- 3.6.1950: Bélxica, Francia, Luxemburgo, Italia, os Países Baixos e Alemaña subscriben a Declaración Schuman.
- 26-28.8.1950: a asemblea do Consello de Europa aproba o Plan Schuman.
- 19.9.1950: créase a Unión Europea de Pagamentos.
- 4.11.1950: sinatura dos convenios de dereitos humanos e dereitos fundamentais en Roma.
- 15.2.1951: celébrase en París unha reunión para crear unha Comunidade Europea de Defensa. Bélxica, Francia, Italia, Luxemburgo e Alemaña asisten á reunión xunto con seis países observadores (EE.UU., Canadá, Dinamarca, Noruega, o Reino Unido e Países Baixos).
- 18.4.1951: os Seis (Bélxica, Francia, Alemaña, Italia, Luxemburgo, Países Baixos) asinan o Tratado de París polo que se crea a Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA).
- 10.12.1951: Paul-Henri Spaak abandona a presidencia da Asemblea Consultiva do Consello de Europa en protesta pola morna actitude do Reino Unido cara a Europa.
- 27.5.1952: os Seis (Bélxica, Francia, Alemaña, Italia, Luxemburgo e Países Baixos) asinan en París o Tratado da Comunidade Europea de Defensa (CED).
- 23.7.1952: entra en vigor o Tratado CECA. Noméase a Jean Monnet presidente da Alta Autoridade e a Paul-Henri Spaak da Asemblea Común.

- 10.11.1952: o Acordo xeral sobre aranceis alfandegueiros e comercio (GATT) decide concederlles aos Seis unha derogación do tratamento de nación máis favorecida, para permitir que cumpran as obrigas derivadas do Tratado CECA.
- 1.1.1953: entra en vigor a exacción CECA, primeiro imposto europeo.
- 10.2.1953: créase o mercado común do carbón e do mineral de ferro. Os Seis suprimen os dereitos de alfándega e as restricións cuantitativas sobre estas materias primas.
- 9.3.1953: Paul-Henri Spaak, presidente da Asemblea *ad hoc* creada o 10 de setembro de 1952, remite a G. Bidault, presidente do Consello da CECA, un proxecto de tratado para constituír unha Comunidade Europea de carácter político.
- 11.5.1954: elíxese o alcalde de Gasperi presidente da Asemblea Parlamentaria Europea.
- 20-23.8.1954: os Seis reúnen en Bruxelas. O político francés Pierre Mendès France non ten éxito na súa petición de atenuar o carácter supranacional da Comunidade Europea de Defensa (CED).
- 30.8.1954: a Asemblea Nacional francesa rexeita o Tratado da Comunidade Europea de Defensa.
- 23.10.1954: tras a Conferencia de Londres, asínanse en París os acordos sobre un Tratado de Bruxelas modificado e nace a Unión Europea Occidental (UEO).
- 10.11.1954: Jean Monnet, presidente da Alta Autoridade da CECA, dimite tras o fracaso da CED.
- 21.12.1954: o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas dita a súa primeira sentenza.
- 1.6.1955: René Mayer é elixido presidente da Alta Autoridade da CECA. Asemade, os ministros de Asuntos Exteriores dos Seis, reunidos en Messina (Italia), coinciden en desexar a integración económica dos seus países.
- 8.12.1955: o Consello de Ministros do Consello de Europa adopta como emblema a bandeira azul con 12 estrelas de ouro.

- 6.5.1956: Paul-Henri Spaak, ministro de Asuntos Exteriores belga, preséntalles aos seus colegas da CECA un informe sobre os proxectos de tratados comunitarios que prevén a creación da CEE e do Euratom.
- 29.5.1956: apróbase o informe Spaak. Na súa reunión de Venecia, os ministros de Asuntos Exteriores deciden abrir negociacións intergubernamentais para celebrar dous tratados polos cales se crearán unha Comunidade Económica Europea e unha Comunidade Europea da Enerxía Atómica.
- 26.6.1956: ábreanse en Bruxelas as negociacións para a redacción dos textos fundadores da CEE e do Euratom.
- 25.3.1957: os Tratados constitutivos da Comunidade Económica Europea (CEE) e da Comunidade Europea da Enerxía Atómica (Euratom) son asinados polos Seis (Alemaña, Bélxica, Francia, Italia, Luxemburgo e Países Baixos) en Roma e a partir dese momento serán coñecidos como os Tratados de Roma.
- 1.1.1958: os Tratados de Roma entran en vigor. As Comunidades da CEE e do Euratom empezan a traballar en Bruxelas. A Asemblea Parlamentaria, establecida en Luxemburgo, e o Tribunal de Xustiza son comúns ás tres Comunidades.
- 7.1.1958: Walter Hallstein é elixido presidente da Comisión da CEE; Louis Armand, presidente da Comisión do Euratom, e Paul Finet, presidente da Alta Autoridade da CECA.
- 26.1.1958: os Seis deciden crear o Comité de Representantes Permanentes (COREPER) para preparar o traballo dos consellos.
- 19.3.1958: a sesión pola cal se crea a Asemblea Parlamentaria Europea celébrase en Estrasburgo, Francia. Robert Schuman é elixido o seu presidente. Esta asemblea substituirá a da CECA.
- 15.4.1958: o primeiro regulamento do Consello institúe o alemán, francés, italiano e holandés como as linguas oficiais das Comunidades.
- 20.4.1958: publícase o primeiro *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, que substitúe o *Diario Oficial de la CECA*.

- 13.5.1958: os deputados da Asemblea Parlamentaria sentan por primeira vez segundo os seus grupos políticos e non segundo a súa nacionalidade.
- 3-11.7.1958: unha conferencia celebrada en Stresa (Italia) fixa as bases dunha política agrícola común (PAC).
- 7.10.1958: é creado e establecido en Luxemburgo o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, que substitúe o da CECA.
- 29.12.1958: o Acordo Monetario Europeo entra en vigor.
- 1.1.1959: tómanse as primeiras medidas para abolir progresivamente os dereitos de alfándega e as cotas na CEE.
- 20-21.7.1959: sete países da Organización Europea de Cooperación Económica (OCEE), Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia e Suíza, deciden establecer unha Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 13.10.1959: Pierre Wigny, ministro de Asuntos Exteriores belga, expón a idea de reunir nunha soa institución a Alta Autoridade da CECA e as dúas comisións (CEE e Euratom) establecidas polo Tratado de Roma.
- 4.1.1960: sinatura en Estocolmo do Convenio europeo da asociación de libre comercio (AELC), composta por Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suíza e Reino Unido.
- 3.5.1960: entra en vigor o Convenio de Estocolmo, polo cal se crea a Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 11.5.1960: adopción polo Consello do regulamento relativo ao Fondo Social Europeo, cuxo obxectivo é fomentar o emprego e a mobilidade xeográfica e profesional dos traballadores na Comunidade.
- 14.12.1960: a Organización para a Cooperación Económica Europea (OCEE) convértese na Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico (OCDE).
- 18.7.1961: celebración en Bonn dun cumio europeo, en que os Seis expresan o seu desexo de crear unha unión política.

- 1.9.1961: entra en vigor o primeiro regulamento sobre a libre circulación dos traballadores.
- 14.1.1962: adopción por parte do Consello dos primeiros regulamentos sobre a política agrícola común (PAC), instaurada co fin de crear un mercado único de produtos agrícolas e fomentar a solidariedade financeira a través do Fondo Europeo de Orientación e Garantía Agrícola (Feoga).
- 13.10.1962: adopción por parte do Consello da primeira directiva de carácter xeral en materia de alimentación, pola cal se especifican os colorantes que se poden engadir aos produtos alimenticios na CEE.
- 5.2.1963: Sentenza *Van Gend en Loos*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas afirma que a Comunidade implica un novo ordenamento xurídico, en cuxo beneficio os Estados membros consentiron restrinxir os seus dereitos soberanos.
- 4.9.1963: falece Robert Schuman.
- 23-24.9.1963: acordo de principio do Consello sobre a cuestión da fusión dos executivos.
- 1.7.1964: creación do Fondo Europeo de Orientación e Garantía Agrícola (FEOGA).
- 15.7.1964: Sentenza *Costa/ENEL*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sostén que o dereito comunitario prima sobre o dereito nacional.
- 18.9.1964: acordo do Consello sobre a composición da Comisión única, que contará por fin con nove membros.
- 8.4.1965: sinatura en Bruxelas do Tratado de fusión dos executivos das tres comunidades (CECA, CEE, Euratom), que entra en vigor o 1 de xullo de 1967.
- 1.7.1965: Francia rompe as negociacións sobre o financiamento da política agrícola común (PAC). O Goberno francés retira o seu representante permanente e durante un tempo a delegación francesa deixa de participar nas reunións do Consello e do Comité de Representantes Permanentes.
- 1.1.1966: terceira e última fase da transición ao Mercado Común, coa substitución do voto por unanimidade polo sistema maioritario en case todas as decisións do

Consello.

- 28-29.1.1966: Compromiso de Luxemburgo. Francia, tras practicar durante sete meses a política da cadeira baleira, volve ocupar o seu posto no Consello a cambio do mantemento do voto por unanimidade en asuntos en que estean en xogo intereses vitais.
- 9.2.1967: Decisión do Consello de Ministros da CEE de harmonizar os impostos indirectos na Comunidade, adopción do principio do sistema impositivo sobre o valor engadido e aprobación do primeiro programa de política económica a medio prazo, polo cal se definen e se fixan os obxectivos da política económica da Comunidade para os anos seguintes.
- 1.7.1967: entra en vigor o Tratado de fusión dos executivos das Comunidades Europeas (CECA, CEE, Euratom). A partir dese momento as Comunidades Europeas contan cunha única Comisión e cun único Consello, aínda que ambos seguen actuando conforme as normas polas cales se rexe cada unha das comunidades.
- 1.7.1968: entra en vigor a unión alfandegueira. Abolición, 18 meses antes do previsto polo Tratado de Roma, dos dereitos de alfándega do comercio intracomunitario e instauración do arancel alfandegueiro común, en substitución dos dereitos de alfándega nacionais aplicables ao comercio co resto do mundo.
- 12.11.1969: Sentenza *Stauder*. Primeiras observacións do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sobre a protección do individuo, en que sostén que os principios xerais do dereito comunitario inclúen os dereitos fundamentais do individuo.
- 4-6.3.1970: a Comisión presenta ao Consello un memorando sobre a preparación do plan de creación da Unión Económica e Monetaria. O Consello encarga a un comité de expertos presidido por Pierre Werner que elabore propostas para crear unha Unión Económica e Monetaria, e confía a outro, presidido por Étienne Davignon, que elabore propostas sobre cooperación política.
- 22.4.1970: sinatura do Tratado de Luxemburgo. Decisión do Consello de ir introducindo paulatinamente un sistema de recursos propios en virtude do cal a

Comunidade recibirá todos os dereitos de alfándega dos produtos importados de países non membros, todas as exaccións por importación de produtos agrarios e parte dos recursos procedentes do imposto sobre o valor engadido. Decisión de ampliar os poderes orzamentarios do Parlamento Europeo.

- 17.12.1970: Sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas clarifica a idea dos dereitos fundamentais no dereito comunitario e declara que, aínda que se inspire nas tradicións constitucionais comúns dos Estados membros, a protección destes dereitos debe estar garantida no marco das estruturas e obxectivos comunitarios.
- 22.3.1971: adopción por parte do Consello do Plan Werner de mellora da coordinación das políticas económicas, en virtude do cal os Estados membros teñen que tomar medidas para harmonizar as súas políticas orzamentarias e reducir a marxe de flutuación das súas moedas.
- 22.1.1972: sinatura por parte de Dinamarca, Irlanda, Noruega e o Reino Unido dos Tratados de adhesión ás Comunidades Europeas.
- 24.4.1972: creación da serpe monetaria: acordo dos Seis para limitar ao 2,25% a marxe de flutuación das súas moedas.
- 10.5.1972: Irlanda pronúnciase en referendo a favor da adhesión ás Comunidades Europeas.
- 25.9.1972: Noruega pronúnciase en referendo en contra da adhesión ás Comunidades Europeas.
- 2.10.1972: Dinamarca pronúnciase en referendo a favor da adhesión ás Comunidades Europeas.
- 16.10.1972: ratificación por parte do Reino Unido dos actos relativos á adhesión ás Comunidades Europeas.
- 1.1.1973: Dinamarca, Irlanda e o Reino Unido ingresan nas Comunidades Europeas. Entra en vigor o Acordo de libre comercio celebrado entre a Comunidade e Austria, Suíza, Portugal e Suecia.

- 8.2.1973: creación da Confederación Europea de Sindicatos.
- 21.2.1973: Sentenza *Continental Can*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas establece que incorre en abuso de poder, no sentido do disposto no Tratado CEE, toda empresa que ocupe unha posición dominante e intente lograr mediante concentracións un grao de poder tal que implique de feito a supresión da libre competencia.
- 21.6.1974: Sentenza *Reyners*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas establece que os Estados membros se deben abster de aplicar toda lei, regulamento, disposición ou práctica administrativa que, en comparación coas aplicadas aos seus propios cidadáns, resulte discriminatoria para todo cidadán doutro Estado membro que desexe emprender unha actividade empresarial nel.
- 3.12.1974: Sentenza *Binsbergen*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas establece que todo cidadán comunitario pode invocar ante os tribunais nacionais a lexislación comunitaria en materia de libre prestación de servizos, na medida en que o obxecto da disposición comunitaria sexa suprimir as discriminacións de que poida ser vítima un prestador de servizos por razóns de nacionalidade, ou porque resida nun Estado membro distinto daquel en que preste os seus servizos.
- 9-10.12.1974: celebración en París dun cumio de xefes de Estado e de Goberno, no cal se decide celebrar tres reunións anuais en calidade de Consello Europeo, se dá vía libre á celebración de eleccións directas ao Parlamento Europeo e se acorda crear o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional e a Unión Económica e Monetaria. Petición para que o primeiro ministro belga, Sr. Tindemans, elabore para finais de 1975 un breve informe sobre a Unión Europea.
- 28.2.1975: sinatura en Lomé por parte da Comunidade e 46 países de África, do Caribe e do Pacífico (ACP), do convenio coñecido como Lomé I, que substitúe os de Yaoundé.
- 18.3.1975: creación polo Consello do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) e do Comité de Política Rexional.
- 9.4.1975: 369 membros da Cámara dos Comúns británica votan a favor da

pertenza do Reino Unido na Comunidade fronte a 170 en contra.

- 5.6.1975: o 67,2% dos votantes británicos declárase a favor de que o Reino Unido siga pertencendo á Comunidade.
- 22.7.1975: sinatura dun Tratado, que entrará en vigor en xuño de 1977, polo cal se conceden ao Parlamento Europeo poderes orzamentarios e se crea o Tribunal de Contas.
- 15.12.1975: sinatura do Convenio comunitario sobre patentes europeas no mercado común (patente comunitaria).
- 3.11.1976: decisión do Consello pola cal a partir do 1 de xaneiro de 1977 os Estados membros poden ampliar ata as 200 millas os límites das súas zonas de pesca no Mar do Norte e no Atlántico Norte. Esta decisión marca o principio da política pesqueira común.
- 28.7.1976: solicitude formal de adhesión de España ás Comunidades Europeas.
- 9.3.1978: Sentenza *Simmenthal*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas consolida o principio de primacía do dereito comunitario.
- 29.11.1978: ditame favorable da Comisión sobre a solicitude de adhesión española. Data prevista para o inicio das negociacións o 5 de febreiro de 1979.
- 4-5.12.1978: celebración en Bruxelas do Consello Europeo. Creación do sistema monetario europeo baseado nunha unidade monetaria europea: o ecu.
- 6.2.1979: adopción formal por parte do Consello das directrices sobre política rexional comunitaria e das modificacións do Regulamento de 1975 polo cal se establece o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (Feder).
- 20.2.1979: Sentenza *Cassis de Dijon*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas declara que os consumidores poden ter acceso a produtos alimenticios doutros Estados membros, a condición de que estes fosen fabricados e comercializados legalmente nun Estado membro e non provoquen problemas graves de saúde ou resulten prexudiciais para o ambiente.
- 13.3.1979: entra en vigor o Sistema monetario europeo.

- 16.3.1979: morre Jean Monnet.
- 28.5.1979: sinatura en Atenas da Acta de adhesión de Grecia ás Comunidades.
- 7-10.6.1979: primeiras eleccións ao Parlamento Europeo por sufraxio universal directo.
- 1.1.1981: Grecia convértese no décimo membro da Comunidade Europea.
- 23.2.1982: nun referendo consultivo, Groenlandia, que se convertera en membro da Comunidade Europea como parte de Dinamarca, opta por retirarse da Comunidade.
- 25.7.1983: o Consello adopta unha resolución sobre os programas marco para as actividades comunitarias de investigación, desenvolvemento e demostración, así como o Primeiro programa marco para o período de 1984-87.
- 14.9.1983: o deputado europeo Altiero Spinelli presenta ao Parlamento Europeo un proxecto de Tratado para a fundación da Unión Europea.
- 14.12.1983: o Consello logra un acordo global sobre a política pesqueira común.
- 25-26.6.1984: os Dez logran un acordo no Consello Europeo de Fontainebleau sobre o importe da compensación que se concederá ao Reino Unido para reducir a súa contribución ao orzamento comunitario.
- 7.1.1985: entra en funcións a nova Comisión presidida polo francés Jacques Delors.
- 13.2.1985: Sentenza do asunto *Gravier*: O Tribunal de Xustiza aplica o principio de non discriminación por nacionalidade a un estudante francés, a quen non se lle pode impoñer o pagamento dunha matrícula máis elevada que aos estudantes belgas para estudar en Bélxica.
- 12.6.1985: sinatura dos Tratados de adhesión de España e Portugal.
- 14.6.1985: asínase en Schengen, Luxemburgo, o acordo sobre a eliminación de controis fronteirizos entre Bélxica, Alemaña, Francia, Luxemburgo e os Países Baixos.
- 1.1.1986: adhesión de España e Portugal ás Comunidades Europeas.

- 17 e 28.2.1986: asínase en Luxemburgo e A Haia a Acta única europea, pola que se modifica o Tratado de Roma.
- 29.5.1986: a bandeira europea, adoptada polas institucións comunitarias, ízase por primeira vez ante o edificio Berlaymont aos sons do himno de Europa.
- 13.5.1987: o Banco de España asina un acordo para entrar no Sistema monetario europeo.
- 1.7.1987: entra en vigor a Acta única europea.
- 24.10.1988: o Consello Europeo adopta unha decisión pola que se crea un Tribunal de Primeira Instancia das Comunidades Europeas.
- 2.2.1989: Sentenza do asunto *Cowan*. O Tribunal de Xustiza ditamina sobre o principio da non discriminación baseada na nacionalidade. Concédelle a un turista británico que foi atacado no metro de París as mesmas prestacións de indemnización que se lle terían concedido a un cidadán francés.
- 19.6.1989: a peseta española entra no mecanismo de tipos de cambio do Sistema monetario europeo (SME); axústase a composición do ecu tras a inclusión da peseta española e do escudo portugués.
- 9.11.1989: cae o muro de Berlín.
- 1.7.1990: entra en vigor a primeira fase da Unión Económica e Monetaria (UEM). Concédese un réxime excepcional a catro Estados membros (España, Portugal, Grecia e Irlanda) tendo en conta o seu insuficiente progreso cara á integración financeira.
- 3.10.1990: os länder da República Democrática Alemá intégranse na República Federal Alemá, e pasan a ser parte da Comunidade.
- 14.4.1991: inaugúrase en Londres o Banco Europeo para a Reconstrución e o Desenvolvemento (BERD).
- 19.11.1991: Sentenza *Francovich*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas declara que todo Estado membro que lesione un particular infrinxindo o dereito comunitario debe pagarlle unha compensación.

- 9-10.12.1991: celebración en Maastricht do Consello Europeo. Acordo sobre o proxecto de Tratado da Unión Europea.
- 7.2.1992: sinatura en Maastricht do Tratado da Unión Europea polos ministros de Asuntos Exteriores e de Economía dos Estados membros.
- 2.5.1992: sinatura en Porto do acordo sobre o Espazo Económico Europeo.
- 2.6.1992: referendo en Dinamarca, contrario á ratificación do Tratado da Unión Europea.
- 18.6.1992: celebración dun referendo en Irlanda, para a ratificación do Tratado sobre a Unión Europea.
- 20.9.1992: celebración dun referendo en Francia, a favor da ratificación do Tratado sobre a Unión Europea.
- 1.1.1993: entra en vigor o Mercado Único Europeo.
- 18.5.1993: voto de Dinamarca a favor do Tratado sobre a Unión Europea nun segundo referendo.
- 1.11.1993: finalizan todos os procedementos de ratificación e entra en vigor o Tratado da Unión Europea.
- 1.1.1994: segunda etapa da Unión Económica e Monetaria e creación do Instituto Monetario Europeo (IME). Entra en vigor o acordo polo que se establece o Espazo Económico Europeo (EEE).
- 9-10.3.1994: celebración da sesión inaugural do Comité das Rexións, creado polo Tratado da Unión Europea.
- 14.7.1994: Sentenza *Faccini-Dori*. O Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas establece que todo Estado membro que lesione un particular por omitir transporer á lexislación nacional unha directiva comunitaria debe aboarlle ao dito particular unha compensación, sempre que se satisfagan determinadas condicións.
- 1.1.1995: Austria, Finlandia e Suecia convértese en membros da Unión Europea, logo de aprobar os seus respectivos referendos. Noruega rexeita a adhesión mediante outro referendo.

- 5.3.1996: sentenzas dos asuntos *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*. O Tribunal de Xustiza especifica en que circunstancias un Estado membro que viole o dereito comunitario pode considerarse responsable dos danos causados a un cidadán.
- 8.10.1996: Sentenza do asunto *Dillenkofer*. O Tribunal de Xustiza declara que un Estado membro que, infrinxindo o dereito comunitario, non incorpore á súa lexislación nacional unha directiva dentro do prazo fixado, poderá ser condenado a indemnizar os danos ocasionados a un particular.
- 17.4.1997: o Tribunal de Xustiza amplía o principio da igualdade de trato de homes e mulleres para a concesión de pensións de viuvez no ámbito dos réximes de seguros vinculados á actividade laboral.
- 2.10.1997: Os ministros de Asuntos Exteriores dos Estados membros da Unión Europea asinan o Tratado de Amsterdam.
- 28.4.1998: Sentenza dos asuntos *Kohll* contra Union des Caisses de Maladie e *Decker* contra Caisse de Maladie des Employés Privés. O Tribunal de Xustiza decreta que os cidadáns comunitarios poderán recibir tratamento médico noutro Estado membro e ser reembolsados de acordo coas tarifas do Estado en que estean asegurados.
- 1.6.1998: créase o Banco Central Europeo.
- 30.6.1998: Sentenza do asunto *Mary Brown*. O Tribunal de Xustiza declara que o despedimento dunha muller durante o embarazo é contrario ao dereito comunitario.
- 31.12.1998: o Consello adopta os tipos de conversión fixos e irrevogables entre as moedas nacionais dos once Estados membros participantes e o euro.
- 1.1.1999: implantación oficial do euro. Alemaña, Austria, Bélxica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, os Países Baixos e Portugal adoptan o euro como moeda oficial.
- 15.3.1999: dimisión colexiada dos membros da Comisión a raíz do primeiro informe do Comité Independente de Expertos sobre as denuncias de fraude, irregularidades e nepotismo na Comisión Europea.

- 1.5.1999: entra en vigor o Tratado de Ámsterdam.
- 11.1.2000: o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas declara que a lexislación alemá pola cal se exclúen as mulleres das forzas armadas, coa excepción dos servizos sanitarios e das bandas militares de música, é contraria ao dereito comunitario sobre igualdade de sexos.
- 28.9.2000: Dinamarca celebra un referendo sobre o euro. A maioría rexeita integrarse na moeda única europea.
- 7.12.2000: á marxe do Consello Europeo de Niza, os presidentes do Parlamento Europeo, o Consello Europeo e a Comisión proclaman solemnemente a Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea.
- 2.1.2001: Grecia convértese no membro número 12 da zona euro.
- 26.2.2001: tras o Consello Europeo de decembro de 2000, celebrado en Niza, Francia, asínase un novo tratado (Tratado de Niza), que modifica o Tratado sobre a Unión Europea e os Tratados constitutivos das Comunidades Europeas.
- 7.6.2001: no referendo celebrado en Irlanda, o electorado vota en contra do Tratado de Niza.
- 1.1.2002: os billetes e as moedas euro entran en circulación nos doce países membros da zona euro: Austria, Bélxica, Finlandia, Francia, Alemaña, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e España.
- 28.2.2002: o euro convértese na única moeda oficial dos doce Estados membros participantes, unha vez que o período de dobre circulación rematou. A sesión inaugural da Convención para o Futuro de Europa celébrase en Bruxelas.
- 23.7.2002: o Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA) expira tras cincuenta anos en vigor.
- 19.10.2002: o pobo irlandés vota a favor do Tratado de Niza nun segundo referendo.
- 1.2.2003: entra en vigor o Tratado de Niza.
- 14.9.2003: celébrase en Suecia un referendo en que a maioría rexeita a adopción

da moeda única europea.

- 4.10.2003: celébrase en Roma a Conferencia Intergobernamental (CIG) que ten como obxectivo principal a redacción e adopción da versión final da primeira Constitución da UE.
- 1.5.2004: o Tratado de Adhesión entra en vigor e faise realidade a maior ampliación que experimentou nunca a Unión Europea, tanto en dimensións como en diversidade, con dez novos países: Chipre, a República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, a República Eslovaca e Eslovenia.
- 20.2.2005: España é o primeiro Estado membro que celebra un referendo sobre a Constitución europea.
- 29.5.2005: os electores franceses votan “*non*” á ratificación do Tratado Constitucional.
- 16.2.2006: o Parlamento Europeo adopta en primeira lectura, por unha gran maioría, o informe sobre a apertura do mercado único de servizos na UE. A Directiva de servizos, tamén coñecida como “Directiva Bolkestein”, é un dos proxectos legislativos máis importantes da Unión Europea.
- 1.1.2007: a adhesión de Romanía e Bulgaria completa a quinta ampliación da UE, iniciada en maio de 2004. A Unión pasa a ter 27 Estados membros e 492,8 millóns de habitantes. Coa incorporación do búlgaro, o irlandés e o romanés, a UE pasa a ter 23 linguas oficiais. Eslovenia adopta o euro.
- 23.7.2007: os representantes dos Estados membros reúnen-se en Bruxelas para a apertura oficial da Conferencia Intergobernamental (CIG) sobre o proxecto do Tratado de reforma para a modificación dos Tratados da Unión Europea.
- 18-19.10.2007: cumio fundamental en Lisboa sobre o Tratado de reforma. Acórdase a redacción exacta do novo “Tratado de Lisboa”, que os líderes europeos asinarán oficialmente na capital portuguesa o 13 de decembro de 2007.
- 12.12.2007: Hans-Gert Pöttering (presidente do Parlamento Europeo), José Manuel Barroso (presidente da Comisión) e José Sócrates (primeiro ministro portugués e presidente de quenda do Consello da UE) asinan a Carta dos dereitos

fundamentais, nunha cerimonia oficial celebrada na sede do Parlamento Europeo en Estrasburgo.

- 13.12.2007: sinatura do Tratado de Lisboa no mosteiro dos Xerónimos da capital portuguesa.
- 1.1.2008: coa adopción do euro en Chipre e Malta, a eurozona amplíase a 15 países e unha poboación de 320 millóns de habitantes.
- 12.6.2008: nNo referendo irlandés, o 53,4% dos votantes manifestan a súa oposición ao Tratado de Lisboa, cuxo obxectivo é mellorar as institucións e os métodos de traballo da UE.
- 1.1.2009: o euro, nova moeda oficial de Eslovaquia.
- 3.10.2009: Irlanda vota "sí" ao Tratado de Lisboa no segundo referendo.
- 1.12.2009: entra en vigor o Tratado de Lisboa.
- 1.1.2010: España asume a presidencia rotatoria do Consello da Unión Europea por cuarta vez. É o primeiro país en exercela baixo o Tratado de Lisboa e o novo sistema de "trío de presidencias", xunto con Bélxica e Hungría.
- 26.3.2010: no Consello Europeo celebrado en Bruxelas, os líderes da UE aproban os obxectivos do programa *Europa 2020*. Ademais, os 16 países membros da eurozona dan o seu apoio a un plan para axudar a Grecia a superar o seu déficit.
- 21.6.2010: as institucións da UE chegan a un acordo político sobre a estrutura e o funcionamento do Servizo Europeo de Acción Exterior.
- 1.1.2011: Estonia adopta o euro e pasa a ser o décimo sétimo país da eurozona. Entran en funcións tres novas autoridades de supervisión financeira: a Autoridade Bancaria Europea, a Autoridade Europea de Seguros e Pensións de Xubilación e a Autoridade Europea de Valores e Mercados.
- 25.3.2011: no Consello Europeo de Primavera, celebrado en Bruxelas, elabórase un paquete completo de medidas para fortalecer a economía europea. Para consolidar a coordinación da política económica na Unión Económica e Monetaria créase o *Pacto polo euro plus*.

- 24.6.2011: o Consello Europeo acorda que as negociacións de adhesión con Croacia deberían concluírse a finais de xuño de 2011, co fin de que este país se poida converter no vixésimo oitavo membro da UE en 2013.
- 30.6.2011: a Comisión Europea propón un novo marco financeiro plurianual da UE (2014-2020) para estimular o crecemento. A Comisión insta a crear a categoría de "rexións intermedias ou en transición" (PIB do 75-90% da media da UE), que conservarían 2/3 das súas anteriores asignacións no marco financeiro plurianual 2007-2013.
- 9.12.2011: Croacia asina o Tratado de adhesión á UE.
- 22.01.2011: celebración do referendo de adhesión á UE: dous terzos a favor.
- 02.03.2012: todos os países da UE, excepto o Reino Unido e a República Checa, asinan o Tratado para a estabilidade, a coordinación e a gobernanza na Unión Económica e Monetaria, co cal selan o seu compromiso coa disciplina orzamentaria.
- 1.07.2013: Croacia é novo membro da UE.

2.4. OS TRATADOS ORIXINARIOS E DE MODIFICACIÓN.

Os tratados, que constitúen a columna vertebral da Unión Europea desde as súas orixes, son os seguintes:

* O Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA), asinado o 18 de abril de 1951 en París, entrou en vigor o 23 de xullo de 1952 e expirou o 23 de xullo de 2002.

* O Tratado de Roma, constitutivo da Comunidade Económica Europea (CEE), asinouse nesa cidade o 25 de marzo de 1957 e entrou en vigor o 1 de xaneiro de 1958. A súa sinatura coincidiu coa do Tratado constitutivo da Comunidade Europea da Enerxía Atómica (Euratom), polo que ambos son coñecidos conxuntamente como os "Tratados de Roma".

* O Tratado de fusión, asinado en Bruxelas o 8 de abril de 1965, entrou en vigor o 1 de xullo de 1967. Estableceu unha soa Comisión e un só Consello para as tres Comunidades Europeas existentes daquela.

* A Acta única europea, asinada en Luxemburgo e A Haia, entrou en vigor o 1 de xullo de

1987. Introduciu as adaptacións necesarias para completar o mercado interior.

* O Tratado da Unión Europea, asinado en Maastricht o 7 de febreiro de 1992, entrou en vigor o 1 de novembro de 1993. O Tratado de Maastricht cambiou o nome de "Comunidade Económica Europea" polo máis simple de "Comunidade Europea". Tamén introduciu novas formas de cooperación entre os gobernos dos Estados membros (por exemplo, en defensa e xustiza e interior). Ao engadir esta cooperación intergubernamental ao sistema "comunitario" existente, o Tratado de Maastricht creou unha nova estrutura con tres "piases", de natureza tanto económica como política: é a denominada "Unión Europea" (UE).

* O Tratado de Ámsterdam, asinado o 2 de outubro de 1997, entrou en vigor o 1 de maio de 1999. Modificou o texto e a numeración dos Tratados UE e CE, establecendo a versión consolidada de ambos os dous. Os artigos do Tratado da Unión Europea pasaron a designarse mediante números no canto de letras (A a S).

* O Tratado de Niza, asinado o 26 de febreiro de 2001, entrou en vigor o 1 de febreiro de 2003. Sobre todo, reformou as institucións para que a Unión puidese funcionar eficazmente tras a súa ampliación a 25 Estados membros en 2004, e a 27 Estados membros en 2007. O Tratado de Niza, o antigo Tratado da UE e o Tratado CE foron fusionados nunha versión consolidada.

* O Tratado de Lisboa asinouse o 13 de decembro de 2007. Entrou en vigor o 1.12.2009. Os seus principais obxectivos son aumentar a democracia na UE –como resposta ás elevadas expectativas dos cidadáns europeos en materia de responsabilidade, apertura, transparencia e participación– e incrementar a eficacia da actuación da UE e a súa capacidade para enfrontarse aos actuais desafíos globais, como o cambio climático, a seguridade e o desenvolvemento sustentable.

O acordo sobre o Tratado de Lisboa seguiu ás discusións mantidas para a elaboración dunha constitución. O Tratado polo que se establece unha Constitución para Europa” foi adoptado polos xefes de Estado e Goberno no Consello Europeo de Bruxelas do 17 e 18 de xuño de 2004, e asinado en Roma o 29 de outubro de 2004, pero nunca chegou a ser ratificado por todos os Estados da Unión.

AUTOR: JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LIC. EN CC. POLÍTICAS E DA ADMINISTRACIÓN
(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS* INTERNACIONAIS)

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DEREITO

REVISADO POR MANUEL FUERTES CARBALLEIRA.

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA.

BIBLIOGRAFÍA

- FONTAINE, PASCAL: Doce lecciones sobre Europa. Comisión Europea. Luxemburgo:
Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas, 2007. ISBN 92-79-02865-0

TEMA 3.

FONTES DO DEREITO EUROPEO: ACTOS XURÍDICOS DA UNIÓN, PROCEDEMENTOS DE ADOPCIÓN E OUTRAS DISPOSICIÓNS SEGUNDO O TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÓN EUROPEA. A INTEGRACIÓN DO DEREITO EUROPEO EN ESPAÑA.

TEMA 3. FONTES DO DEREITO EUROPEO: ACTOS XURÍDICOS DA UNIÓN, PROCEDEMENTOS DE ADOPCIÓN E OUTRAS DISPOSICIÓNS SEGUNDO O TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÓN EUROPEA. A INTEGRACIÓN DO DEREITO EUROPEO EN ESPAÑA.

3.1. Fontes do dereito europeo: actos xurídicos da Unión, procedementos de adopción e outras disposicións segundo o Tratado de funcionamento da Unión Europea.

Con independencia de se hai que falar de fontes materiais ou formais do dereito da Unión Europea, resulta imprescindible tratar o concepto e o alcance deste dereito, en especial por razón da súa natureza.

Convén matizar de entrada que o dereito comunitario ou da Unión é un *tertium genus* entre o dereito propio dun Estado e o dereito internacional. É así en boa medida porque a Unión Europea é unha entidade supranacional que se constitúe e funciona como unha comunidade de dereito, fundamentalmente grazas aos avances impulsados pola doutrina do seu Tribunal de Xustiza, comezando polo principio de primacía do dereito comunitario. Este principio establece que as autoridades dun Estado membro non deberán aplicar unha norma nacional contraria ao dereito comunitario. Instaurado polo Tribunal de Xustiza nos anos sesenta, ese principio exige das autoridades que dean preferencia ao dereito comunitario sobre o dereito nacional, sexa cal for a natureza da norma comunitaria en cuestión e sexa cal for a do dereito nacional considerado.

O principio de primacía é un principio non inscrito nos tratados CE e UE. Instaurouno o Tribunal de Xustiza na Sentenza do 15 de xullo de 1964, *Flaminio Costa contra ENEL*. Nesta sentenza, o Tribunal indicou que «a diferenza dos tratados internacionais ordinarios, o Tratado da CEE instituíu un ordenamento xurídico propio, integrado no sistema xurídico dos Estados membros desde a entrada en vigor do tratado e que vincula os seus órganos xurisdiccionais». Invocando os termos e o espírito do tratado, o Tribunal de Xustiza considera que o efecto de primacía limita a marxe de manobra dos Estados, impedíndolles facer prevalecer un dereito oposto ao das institucións europeas.

Os Estados membros tampouco poden alegar o principio de reciprocidade, en virtude do cal un deles pode eximirse das súas obrigas comunitarias ata que todos os demais se sometesen ás ditas obrigas. É dicir, un Estado membro debe acatar sempre e sen condición o dereito comunitario se este é xuridicamente vinculante.

O Tribunal de Xustiza precisou que o principio de primacía beneficia todas as normas de dereito europeo, tanto se proceden do dereito primario como do dereito derivado. Ademais, é aplicable contra calquera norma nacional: lei, regulamento, decreto, resolución, circular, etc. É irrelevante que estes textos procedan do poder executivo ou do poder lexislativo do Estado membro. O poder xudicial está igualmente suxeito ao principio de primacía.

Polo que ás constitucións nacionais se refire, o Tribunal de Xustiza considerou que tamén estas están suxeitas ao principio de primacía. Desde a Resolución *San Michele*, do 22 de xuño de 1965, o Tribunal de Xustiza considerou que corresponde ao xuíz nacional non aplicar as disposicións dunha Constitución que cuestione o dereito comunitario. A aplicación do principio de primacía con relación á Constitución nacional provocou as reticencias dalgúns órganos xurisdicionais nacionais, en particular se a propia Constitución garantía a protección dos dereitos fundamentais. A pesar destas reticencias, nunha Sentenza do 17 de decembro de 1970, o Tribunal de Xustiza considerou que invocar atentados contra estes dereitos non podía afectar a validez dun acto comunitario. Co fin de evitar que os órganos xurisdicionais nacionais se encontrasen nunha situación incómoda en relación coa súa Constitución nacional e, por tanto, denegasen a protección dos dereitos en cuestión, o Tribunal de Xustiza, ademais da obriga de respectar a primacía, instaurou un conxunto de principios xerais do dereito que engloban os dereitos fundamentais no ámbito do dereito comunitario.

Corresponde tamén ao xuíz nacional facer respectar o principio de primacía. Este pode, se é preciso, facer uso do recurso ou cuestión prexudicial en caso de dúbida en canto á aplicación do dito principio. Nunha Sentenza do 19 de xuño de 1990 (*Factortame*), o Tribunal de Xustiza indicou que unha xurisdición nacional, no marco dunha cuestión prexudicial sobre a validez dunha norma nacional, deberá suspender inmediatamente a aplicación desta norma, á espera da solución preconizada polo Tribunal de Xustiza. O

efecto é a non aplicación do dereito nacional. Por conseguinte, este último nin se cancela nin se derroga, senón que se suspende o seu carácter xuridicamente vinculante. As autoridades nacionais deben absterse de aplicar o texto en cuestión, so pena de que o Tribunal de Xustiza condene o Estado membro por incumprimento.

Xunto a este gran principio ordinamental, o Tribunal de Xustiza identificou o principio de efecto directo do dereito comunitario. O efecto directo constitúe, co principio de primacía, un principio básico do dereito comunitario. Este principio, sentado polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na Sentenza *Van Gend en Loos*, do 5 de febreiro de 1963, crea dereitos en favor dos particulares, que poden alegalos ante os órganos xurisdiccionais nacionais e comunitarios. Nesta sentenza enúnciase que «o dereito comunitario (...) igual que crea obrigas a cargo dos particulares, está destinado a xerar dereitos que se incorporan ao seu patrimonio xurídico (...) e xera dereitos individuais que os órganos xurisdiccionais nacionais deben protexer».

O principio facilita a introdución do dereito comunitario no dereito nacional e reforza a súa eficacia. Protexe, ademais, os dereitos dos particulares ao permitir que poidan alegar unha norma comunitaria, á marxe de que existan ou non textos de orixe interna.

O efecto directo distínguese da aplicabilidade inmediata. A aplicabilidade inmediata é un principio en virtude do cal o dereito comunitario se aplica no ámbito nacional sen necesidade de proceder á súa introdución ou á súa transformación en dereito nacional. Por tanto, o dereito comunitario intégrase por ministerio da lei no dereito nacional. Non obstante, en virtude do principio de primacía, en caso de conflito entre a norma comunitaria e a norma interna, a primeira prevalece. Despréndese que é «inaplicable de pleno dereito (...) toda disposición da lexislación nacional existente que sexa contraria» (Sentenza *Simmenthal*, do 9 de marzo de 1978).

En principio, o efecto directo e a aplicabilidade inmediata van xuntos. Así é no caso dos regulamentos comunitarios. Non obstante, algunhas normas poden ter efecto directo sen ser de aplicabilidade inmediata. É o caso das directivas que, en determinadas condicións, producen efectos directos pero non son inmediatamente aplicables, posto que requiren un texto de transposición.

O efecto directo reviste dous aspectos: un efecto vertical e un efecto horizontal. O efecto directo vertical interviría nas relacións entre os particulares e o Estado, o que significaría que os particulares poderían prevalecerse dunha norma comunitaria fronte ao Estado, *lato sensu*. O efecto directo horizontal, pola súa banda, interviría nas relacións entre particulares, o que levaría consigo que un particular puidese aducir unha norma comunitaria fronte a outro particular.

Segundo as normas do dereito comunitario, o Tribunal de Xustiza admite ou o efecto directo completo, é dicir, un efecto directo horizontal e un efecto directo vertical, ou o efecto directo parcial, que se limita ao efecto directo vertical.

Por canto ao dereito primario se refire, na Sentenza *Van Gend en Loos*, o Tribunal de Xustiza sentou o principio do efecto directo. Non obstante, indicou como condición que as obrigas deben ser precisas, claras, incondicionais e non requirir medidas complementarias, tanto de carácter nacional como comunitario.

Tras as aclaracións preliminares, podemos agrupar as fontes do dereito comunitario en tantas variantes como autores. Por exemplo, JEAN-VICTOR LOUIS diferencia entre Constitución comunitaria, dereito internacional, principios xerais do dereito e dereito derivado. Dentro desta última categoría, distingue entre actos típicos e actos innominados. Non obstante, existe certo consenso en aceptar que as fontes do dereito comunitario son tres:

1. Fontes primarias.
2. Fontes derivadas.
3. Fontes de dereito subsidiario.

As **fontes primarias** ou dereito primario constan basicamente dos tratados constitutivos das Comunidades Europeas e da Unión Europea. Agora, tras a reforma operada polo Tratado de Lisboa, referímonos ao Tratado da Unión Europea (TUE) e ao Tratado de funcionamento da Unión Europea (TFUE). Estes tratados conteñen tanto as normas formais coma as materiais que integran o marco no cal as institucións poñen en práctica as distintas políticas da Unión. Os tratados determinan as normas adxectivas que enuncian a repartición de competencias entre a Unión e os Estados e que constitúen a base do

poder das institucións. Tamén determinan as normas substantivas que definen o ámbito das distintas políticas e estruturan a acción das institucións en cada unha delas.

O dereito primario consta basicamente de:

- Os tratados «fundadores», polos que se constitúen as distintas Comunidades Europeas, así como a Unión;
- Os grandes tratados, polos que se modifican as distintas Comunidades Europeas e a Unión;
- Os protocolos anexos aos mencionados tratados, como, por exemplo, o Protocolo nº 2 anexo ao Tratado de Ámsterdam, que integra o acervo de Schengen;
- Os tratados complementarios, que introducen modificacións sectoriais nos tratados fundadores;
- Os tratados de adhesión dos países ás distintas Comunidades Europeas e á Unión.

As **fontes derivadas** están constituídas por elementos do dereito comunitario baseado nos tratados. Figuran no dereito derivado, o dereito derivado unilateral e o dereito convencional.

En primeiro lugar, os actos unilaterais poden clasificarse en dúas categorías:

- * Os que figuran na nomenclatura do artigo 249 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea (TCE), hoxe artigo 288 TFUE: o regulamento, a directiva, a decisión, o ditame e a recomendación;
- * Os que non figuran na anterior nomenclatura, trátase de actos atípicos, como as comunicacións, as recomendacións e os libros brancos e verdes.

Os actos convencionais están constituídos, pola súa vez:

- + Polos acordos internacionais asinados entre a Comunidade ou a Unión Europea, por unha parte, e un terceiro -país ou organización-, por outra;
- + Polos acordos entre Estados membros;
- + Polos acordos interinstitucionais, é dicir, entre as institucións da Unión Europea.

As **fontes subsidiarias** están formadas por elementos do dereito que non están previstos nos tratados. Trátase, ademais da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, do dereito internacional e dos principios xerais do dereito. Estas fontes permitiron ao Tribunal de Xustiza encher as carencias do dereito primario e/ou do dereito derivado.

O dereito internacional é unha fonte de inspiración para o Tribunal de Xustiza na elaboración da súa xurisprudencia e a el fai referencia ao remitir ao dereito escrito e aos usos e costumes. Por exemplo, para validar os acordos externos subscritos pola Comunidade Europea, o Tribunal de Xustiza baseouse nas normas do dereito internacional relativas ao *treaty making power* (capacidade internacional de subscibir acordos con terceiros países e organizacións), que derivan da personalidade xurídica internacional.

Os principios xerais do dereito son fontes non escritas sentadas pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Eses principios permitiron ao Tribunal de Xustiza establecer normas en distintos ámbitos respecto aos cales os tratados gardan silencio, por exemplo, en materia de responsabilidade extracontractual da Comunidade Europea.

Polo que se refire ao ámbito de aplicación territorial do dereito primario, o Tratado CE enuncia que o dereito comunitario se aplica aos territorios metropolitanos dos Estados membros e a algunhas illas e territorios de ultramar, como Madeira, as Canarias e os departamentos franceses de ultramar. Aplícase tamén aos territorios cuxas relacións exteriores corresponden a un Estado (como Gibraltar e as Illas Aland). O artigo 299 do Tratado CE estableceu que o Consello podería determinar un réxime especial para determinados territorios, como acontece, por exemplo, con Gibraltar e San Pedro e Miquelón en materia alfandegueira. Por último, o Tratado CE estipula expresamente que o dereito comunitario non se aplicará a determinados territorios, como as Illas Faeroe.

Sobre o ámbito de aplicación temporal, o dereito primario aplícase no momento da entrada en vigor do tratado, salvo período transitorio. Habitualmente, os tratados de adhesión inclúen esas cláusulas. No que respecta á duración da aplicación, os textos dependentes da esfera do dereito primario teñen, en principio, unha duración ilimitada (por exemplo, o Tratado CE, de conformidade co disposto no artigo 312 -356 TFUE-). A título excepcional, o Tratado CECA tiña unha vixencia de 50 anos e na data de expiración

o Consello adoptou dúas decisións, o 19 e o 23 de xullo de 2002, para regular as cuestións derivadas da súa extinción.

As fontes do dereito da Comunidade mencionadas ata agora teñen a característica común de constituír o dereito comunitario escrito. Pero igual que calquera outro ordenamento xurídico, o comunitario non pode estar constituído exclusivamente por normas escritas, xa que cada ordenamento presenta lagoas que deben encherse co dereito non escrito.

As fontes non escritas do dereito comunitario son, fundamentalmente, os principios xerais do dereito. Trátase de normas que expresan as concepcións elementais do dereito e a xustiza ás cales obedece todo ordenamento xurídico.

Os principios xerais do dereito materialízanse a través da aplicación das normas, en particular mediante a xurisprudencia do TXCE no marco da misión que se lle encomendou, consistente en «*garantir o respecto do dereito na interpretación e aplicación do Tratado*». Os puntos de referencia para determinar os principios fundamentais son sobre todo os principios comúns aos ordenamentos dos Estados membros. Estes proporcionan a base a partir da cal se desenvolven as normas necesarias para resolver un problema a escala comunitaria.

Entre estes principios xerais do dereito encóntranse, á parte dos principios básicos de independencia, aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario, a garantía dos dereitos fundamentais, o principio de proporcionalidade, o principio de protección da confidencialidade, o principio de audiencia xudicial ou o principio de responsabilidade dos Estados membros polas violacións do dereito comunitario.

O dereito consuetudinario tamén forma parte do dereito comunitario non escrito. Trátase do dereito decantado da práctica e da convicción xurídica, que completa ou modifica o dereito primario ou derivado. A súa posible existencia está recoñecida, pero o seu desenvolvemento efectivo choca no plano da lexislación comunitaria con límites estritos.

A última fonte do dereito da CE constitúena os convenios entre os Estados membros. Trátase, por unha banda, de convenios concluídos para regular cuestións que están estreitamente relacionadas coas actividades da CE, pero para as cales non se dotaron de competencia as institucións comunitarias. Por outra, existen auténticos convenios

internacionais entre os Estados membros cos cales se pretende, en particular, superar a limitación territorial das normativas nacionais e crear un dereito uniforme a escala da Comunidade. Iso reviste especial importancia no ámbito do dereito internacional privado. A título de exemplo cabe mencionar: o Convenio sobre a competencia xudicial e a execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil (1968), o Convenio sobre o recoñecemento mutuo das sociedades e persoas xurídicas (1968), o Convenio relativo á supresión da dobre imposición en caso de corrección dos beneficios de empresas asociadas (1990), o Convenio sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais (1980) e o Convenio sobre a patente europea (1989).

Agora, procede lembrar que co Tratado de funcionamento da Unión Europea (TFUE)¹, en canto aos **actos típicos** de dereito derivado europeo, dispónse:

«Artigo 288 (antigo artigo 249 TCE)

Para exercer as competencias da Unión, as institucións adoptarán regulamentos, directivas, decisións, recomendacións e ditames.

O regulamento terá un alcance xeral. Será obrigatorio en todos os seus elementos e directamente aplicable en cada Estado membro.

A directiva obrigará o Estado membro destinatario en canto ao resultado que deba conseguirse, deixando, non obstante, ás autoridades nacionais a elección da forma e dos medios.

A decisión será obrigatoria en todos os seus elementos. Cando designe destinatarios, só será obrigatoria para estes.

As recomendacións e os ditames non serán vinculantes».

Por outro lado cabe subliñar que, pola súa ausencia de regulación primaria, merecen unha análise singular os denominados "actos atípicos comunitarios".

Desde unha vertente negativa, entenderase por **actos atípicos** todas aquelas disposicións e resolucións xuridicamente relevantes que emanen das institucións comunitarias e que non se estean incardinadas nas tipoloxías previstas no artigo 249 do TCE -288 TFUE- (ex art. 189; *ídem* art. 161 TCEEA). Por conseguinte, a *atipicidade* é

¹ Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.

corolario da falta de previsión formal de certas manifestacións externas de normas e actos con variable transcendencia xurídica, que teñen a súa plasmación en dereito derivado, pero que sofren de anticipación nominal no dereito orixinario, constitucional ou primario.

A categorización dos *actos atípicos* pode ser moi diversa, aínda que a doutrina non efectúa grandes esforzos de sistemática, xa que a panoplia daqueles é riquísima e exige un exhaustivo coñecemento práctico e casuístico do traballo rutineiro das institucións comunitarias e dos seus diferentes órganos. Algúns autores diferencian entre:

- Actos internos.
- Actos *sui generis*.

Os actos atípicos internos poderían pola súa vez subdividirse en:

Actos de autoorganización.

Actos preparatorios de actos típicos.

Entre os actos atípicos de autoorganización encontraríanse os que fixan estruturas orgánicas e normas de funcionamento dos diversos órganos e dependencias dunha institución ou de relación destas entre si (p. ex. os regulamentos de réxime interno dos comités da Comisión ou dos grupos de traballo do Consello).

Pola súa banda, entre os actos preparatorios de actos típicos estarían os denominados *programas xerais*, emanados de mandatos dos tratados, ou as propostas dirixidas pola Comisión ao Consello con vistas á subscripción de tratados internacionais (p. ex. no que atinxe á Organización Mundial do Comercio -OMC- e os pertinentes mandatos de negociación dirixidos polo Consello á Comisión).

Os actos internos non producirían neste esquema efectos xurídicos inmediatos fóra das relacións interinstitucionais, interorgánicas ou da propia institución ou órgano. Non obstante, a súa vulneración fundamentaría a nulidade por vicio adxectivo ou procedemental dos actos típicos substantivos (así a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 23.2.1988, Reino Unido vs. Consello, asunto 68/1986, Rec. 1988, pp. 855 e ss., onde o Tribunal de Xustiza anula unha directiva do Consello por transgredir este o seu regulamento interno de funcionamento, xa que o seu artigo 6.1 establecía a necesidade de concorrencia de unanimidade para poder recorrer na toma de decisións ao

procedemento escrito de aprobación, opóndose o Reino Unido ao fondo e á *forma*, ex principio *patere legem*, ou de autovinculación: *legem patere quam ipse fecisti*, "soporta a lei que ti mesmo fixeches" ou *patere quam ipse fecisti legem*.).

Un aspecto xurídico relevante dos actos comunitarios atípicos é que os particulares tamén poden fundamentar as súas demandas en defectos rituais, xurdidos da violación de actos atípicos internos (p. ex. a Sentenza do Tribunal de Primeira Instancia do 27.2.1992, asunto T-79/1989 e outros -*BASF*-, *Rec. 1992, pp. II - 315 e ss.*, onde o Tribunal declarou *inexistentes* os actos típicos que sufrían de vicios procedementais graves e rudos, aínda que a Sentenza do 15.6.1994, asunto *C-137/1992*, se inclina pola declaración de *nulidade* da Decisión da Comisión por vicio substancial de forma).

Os actos atípicos *sui generis* serían aqueles non reguladores de asuntos ou procedementos internos da respectiva institución ou órgano que os producise. Uns serían os denominados impropia e inadecuadamente como *decisións*, isto é, *acordos* de diversa índole, que obedecen a habilitacións expresas do dereito primario pero que están por enriba dos actos típicos, aos cales condicionan na súa órbita de aplicación (p. ex. cando o Consello, utilizando a habilitación conferida polo antigo artigo 126 do TCE definiu as novas tarefas encomendadas ao Fondo Social Europeo e abrogou singularmente as previstas no antigo artigo 125 do TCE -149 e 148 do TCE, hoxe 165 e 164 do TFUE, respectivamente-, estendendo dese modo a aplicación do FSE aos departamentos de ultramar, por *Decisión* (acordo) do 1.2.1971, que fundamentou os subseguintes regulamentos de aplicación do FSE).

Outro exemplo sería a *Decisión* (acordo) pola que o Consello fixou a lista de produtos considerados *material de guerra* e que, por tanto, quedan á marxe das normas do mercado interior, ex artigo 223 do TCE (ulterior art. 296 TCE -346 TFUE-), ou tamén os acordos de aprobación de instrumentos internacionais polo Consello. Pero no plano máis cotián e práctico, os actos atípicos *sui generis* con maior relevancia na vida dos operadores económicos serían as "*directrices*" e "*comunicacións*" da Comisión.

Antes de nada cabe subliñar que, sendo a Comunidade Europea unha comunidade de dereito, todos os actos -tamén os atípicos- estarán sometidos irremisiblemente ao oportuno escrutinio e ás potenciais revisións xurisdiccionais e será, por conseguinte,

absolutamente irrelevante a súa cualificación nominal para tales efectos de control. Os recursos ante a xurisdición comunitaria serán admisibles sempre que versen sobre actos adoptados polas institucións ou polos seus órganos no marco das súas competencias, que superasen a fase de estudo preparatorio e mediante os cales se asuman ou impoñan obrigas. Nese sentido poderían achegarse as seguintes sentenzas do Tribunal de Xustiza: 31.3.1971: Asunto 22/1970, Comisión vs. Consello. Rec. 1971, p. 277; 5.6.1973: Asunto 81/1972, Comisión vs. Consello. Rec. 1973, p. 584; 11.11.1981: Asunto 60/1981, IBM vs. Comisión. Rec. 1981, p. 2.651; 9.10.1990: Asunto C-366/1988, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1990, páx. I-3.571; 13.11.1991: Asunto C-303/1990, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1991, páx. I-5.315.

No que atinxe aos **procedementos de adopción dos actos xurídicos da Unión** e, singularmente, dos seus actos normativos típicos, debemos ter en conta o disposto na parte sexta do TFUE, capítulo 2 do seu título I, artigos 288 (antigo 249 TCE) a 299 (antigo 256 TCE).

Fundamentalmente, o artigo 289 do TFUE dinos:

«1. O procedemento lexislativo ordinario consiste na adopción conxunta polo Parlamento Europeo e o Consello, por proposta da Comisión, dun regulamento, dunha directiva ou dunha decisión. Este procedemento defínese no artigo 294.

2. Nos casos específicos previstos polos tratados, a adopción dun regulamento, dunha directiva ou dunha decisión, ben polo Parlamento Europeo coa participación do Consello ou ben polo Consello coa participación do Parlamento Europeo, constituirá un procedemento lexislativo especial.

3. Os actos xurídicos que se adopten mediante procedemento lexislativo constituirán actos lexislativos.

4. Nos casos específicos previstos polos tratados, os actos lexislativos poderán ser adoptados por iniciativa dun grupo de Estados membros ou do Parlamento Europeo, por recomendación do Banco Central Europeo ou por petición do Tribunal de Xustiza ou do Banco Europeo de Investimentos».

E xa centrándonos no procedemento máis común ou ordinario, o artigo 294 do TFUE dispón:

«1. Cando nos tratados, para a adopción dun acto, se faga referencia ao procedemento legislativo ordinario, aplicarase o procedemento seguinte.

2. A Comisión presentará unha proposta ao Parlamento Europeo e ao Consello.

Primeira lectura

3. O Parlamento Europeo aprobará a súa posición en primeira lectura e transmitíraa ao Consello.

4. Se o Consello aproba a posición do Parlamento Europeo, adoptarase o acto de que se trate na formulación correspondente á posición do Parlamento Europeo.

5. Se o Consello non aproba a posición do Parlamento Europeo, adoptará a súa posición en primeira lectura e transmitíraa ao Parlamento Europeo.

6. O Consello informará cumpridamente o Parlamento Europeo das razóns que o levasen a adoptar a súa posición en primeira lectura. A Comisión informará cumpridamente o Parlamento Europeo da súa posición.

Segunda lectura

7. Se, nun prazo de tres meses a partir da dita transmisión, o Parlamento Europeo:

a) Aproba a posición do Consello en primeira lectura ou non toma decisión ningunha, o acto de que se trate considerarase adoptado na formulación correspondente á posición do Consello;

b) Rexeita, por maioría dos membros que o compoñen, a posición do Consello en primeira lectura, o acto proposto considerarase non adoptado;

c) Propón, por maioría dos membros que o compoñen, emendas á posición do Consello en primeira lectura, o texto así modificado transmitirase ao Consello e á Comisión, que ditaminará sobre as ditas emendas.

8. Se, nun prazo de tres meses a partir da recepción das emendas do Parlamento Europeo, o Consello, por maioría cualificada:

- a) Aproba todas estas emendas, o acto de que se trate considerárase adoptado;
 - b) Non aproba todas as emendas, o presidente do Consello, de acordo co presidente do Parlamento Europeo, convocará o Comité de Conciliación nun prazo de seis semanas.
9. O Consello pronunciarase por unanimidade sobre as emendas que fosen obxecto dun ditame negativo da Comisión.

Conciliación

10. O Comité de Conciliación, que estará composto polos membros do Consello ou os seus representantes e por un número igual de membros que representen o Parlamento Europeo, terá por misión alcanzar, no prazo de seis semanas a partir da súa convocatoria, un acordo por maioría cualificada dos membros do Consello ou os seus representantes e por maioría dos membros que representen o Parlamento Europeo, sobre un texto conxunto baseado nas posicións do Parlamento Europeo e do Consello en segunda lectura.
11. A Comisión participará nos traballos do Comité de Conciliación e tomará todas as iniciativas necesarias para propiciar un achegamento entre as posicións do Parlamento Europeo e do Consello.
12. Se, nun prazo de seis semanas a partir da súa convocatoria, o Comité de Conciliación non aproba un texto conxunto, o acto proposto considerárase non adoptado.

Terceira lectura

13. Se, neste prazo, o Comité de Conciliación aproba un texto conxunto, o Parlamento Europeo e o Consello disporán cada un de seis semanas a partir da dita aprobación para adoptar o acto de que se trate conforme ese texto. O Parlamento Europeo pronunciarase por maioría dos votos emitidos e o Consello farao por maioría cualificada. No seu defecto, o acto proposto considerárase non adoptado.
14. Os períodos de tres meses e de seis semanas considerados no presente artigo poderán ampliarse, como máximo, nun mes e dúas semanas respectivamente, por iniciativa do Parlamento Europeo ou do Consello.

Disposicións particulares

15. Cando, nos casos previstos polos tratados, un acto legislativo se someta ao procedemento legislativo ordinario por iniciativa dun grupo de Estados membros, por recomendación do Banco Central Europeo ou por instancia do Tribunal de Xustiza, non se aplicarán o número 2, a segunda frase do número 6 nin o número 9.

Nestes casos, o Parlamento Europeo e o Consello transmitiránlle á Comisión o proxecto de acto, así como as súas posicións en primeira e segunda lecturas. O Parlamento Europeo ou o Consello poderá pedir o ditame da Comisión ao longo de todo o procedemento e a Comisión poderá ditaminar, así mesmo, por iniciativa propia. A Comisión tamén poderá, se o considera necesario, participar no Comité de Conciliación de conformidade co número 11».

3.2. A integración do dereito europeo en España.

No BOE do 1 de xaneiro de 1986 publícase o Instrumento de ratificación do Tratado feito en Lisboa e Madrid o 12 de xuño de 1985, relativo á adhesión do Reino de España e da República Portuguesa á Comunidade Económica Europea e á Comunidade Europea da Enerxía Atómica. Na acta relativa ás condicións de adhesión e ás adaptacións dos tratados o artigo 2 detalla:

"Dende o momento da adhesión, as disposicións dos tratados orixinarios e os actos adoptados polas institucións das Comunidades antes da adhesión obrigarán os novos Estados membros e serán aplicables neses Estados nas condicións previstas nestes tratados e na presente acta."

Nun Estado de estrutura complexa como o español, a importación de toda esa normativa e a determinación de que Administración é responsable de traspor, desenvolver ou executar os actos normativos comunitarios, exige unha determinación clara das regras que se van seguir, pois en todo caso o Estado no seu conxunto asume unha obriga xurídico-comunitaria ante as Comunidades -hoxe ante a Unión-, as súas institucións e os restantes Estados membros.

Na Sentenza 252/1988, do 20 de decembro, o Tribunal Constitucional comeza xa a dilucidar este extremo con ocasión de diversos conflitos positivos de competencias acumulados. No seu fundamento xurídico segundo argumenta:

«As directivas da CEE que se invocan nas exposicións de motivos dos reais decretos en conflito non dan solución a esta cuestión competencial. Tales regras comunitarias limítanse, no que aquí importa, a dispor que «a autoridade central competente do Estado membro» debe velar para que a autorización que deben posuír os matadoiros e salas de despezamento se outorgue unicamente a aqueles establecementos e dependencias que observen as prescricións establecidas nas propias directivas, esa mesma «autoridade central» coidará de que un «veterinario oficial» controle permanentemente o cumprimento desas prescricións. Retirarase a autorización cando deixen de respectarse estas (art. 4.1 da Directiva 64/433 e, en termos análogos, art. 5 da Directiva 71/118). Sen prexuízo do que despois se dirá sobre o nomeamento ou a designación do «veterinario oficial» ao que se refiren as directivas, o que agora cabe dicir é que estas regras se limitan a precisar que son as «autoridades centrais de cada un dos Estados membros da CEE (como de modo expreso indica, respecto dos almacéns frigoríficos, o art. 4.4 da Directiva 64/433) as responsables de que as autorizacións se concedan e manteñan só mentres se respecten as prescricións comunitarias, sen prexulgar, por conseguinte, cal deba ser a Administración competente -se a estatal ou a autonómica- para a concesión das ditas autorizacións e para velar polo mantemento das condicións previstas. O único que as directivas impoñen neste punto é, en suma, que a Administración central sexa o interlocutor único da CEE no que toca o efectivo cumprimento das determinacións comunitarias. Pero esta é unha exixencia que, como ben se comprende, podería ser satisfeita a través de fórmulas e expedientes diversos e non só fronte ao que dá a entender o avogado do Estado, mediante o exercicio directo e exclusivo das ditas intervencións pola Administración do Estado.

Son, en consecuencia, as regras internas de delimitación competencial as que en todo caso han de fundamentar a resposta aos conflitos de competencia formulados entre o Estado e as comunidades autónomas, as cales, por esta mesma razón, tampouco poderán considerar ampliado o seu propio ámbito competencial en virtude dunha conexión internacional. (...)

Dito isto e reducindo as nosas consideracións ás competencias de execución, que son as únicas obxecto de disputa nos presentes conflitos, tampouco cabe ignorar que, tanto a necesidade de lle proporcionar ao Goberno os instrumentos indispensables para

desempeñar a función que lle atribúe o art. 93 da CE (adoptar as medidas necesarias para garantir o cumprimento das resolucións dos organismos internacionais en cuxo favor se cederon competencias, é dicir, do chamado dereito derivado) como, doutra parte, o feito de que sexa a Administración central do Estado (en razón, por exemplo, das cláusulas contidas nos parágrafos 10 e 16 do ordinal primeiro do art. 149 da CE) a competente para realizar actuacións que, cando non está presente esa conexión co exterior, corresponden á Administración autonómica, obrigan a articular o exercicio das competencias propias do Estado e da comunidade autónoma de xeito tal que un e outra, sen invadir o ámbito competencial alleo, non obstaculicen o desempeño das funcións que a Constitución e os estatutos lle atribúen nin boten cargas innecesarias sobre os administrados. Como repetidamente sinalamos, a interpretación dos preceptos constitucionais debe facerse de modo sistemático, isto é, tendo sempre en conta o contido íntegro da norma fundamental, e a dos preceptos estatutarios debe facerse sempre, como a do resto do ordenamento xurídico, de conformidade coa Constitución (STC 18/1982, fundamento xurídico 1). Tanto da interpretación sistemática da Constitución como da supremacía desta sobre os estatutos deriva a necesidade de colaboración entre a Administración central e as administracións autonómicas, esta colaboración pode exixir en moitos casos, en relación, sobre todo, coa nosa incorporación á CEE, as formas de articulación (por exemplo, a realización pola Administración autonómica de tarefas de competencia estatal, con submisión, en consecuencia e só en canto a elas, ás instrucións e á supervisión da Administración central) que só unha interpretación inadecuada dos preceptos constitucionais e estatutarios pode obstaculizar».

E engade no seu fundamento xurídico cuarto:

«4. Tanto o Real decreto 1754 como o 1755 de 1986 dispoñen, no parágrafo terceiro da norma I do capítulo primeiro do seu anexo I, que se entende por veterinario oficial o nomeado conxuntamente pola Dirección Xeral da Saúde Pública do Ministerio de Sanidade e Consumo e pola Dirección Xeral da Producción Agraria do Ministerio de Agricultura, Pesca e Alimentación». Pola súa vez, o Real decreto 1728/1987 define o veterinario oficial como «o veterinario dependente da Administración pública designado conxuntamente polas direccións xerais de Producción Agraria e de Saúde Alimentaria e Protección dos

Consumidores dos ministerios de Agricultura, Pesca e Alimentación e de Sanidade e Consumo, logo de proposta das comunidades autónomas» [norma I g) do capítulo primeiro do anexo I].

Os reais decretos citados foron ditados, como se indica nas súas respectivas exposicións de motivos, para harmonizar a nosa lexislación veterinaria e de policía sanitaria co dereito comunitario e, en particular, con determinadas directivas (as 64/433, 71/118, 72/461 e 72/462), segundo as cales por «veterinario oficial» deberá entenderse «o veterinario nomeado pola autoridade central competente do Estado membro». Esta alusión ao nomeamento do veterinario oficial non pode entenderse en ningún caso, segundo queda dito, como expresión dunha atribución de competencia realizada pola CEE en favor de tal ou cal sector do aparato dos Estados que a integran, senón como precisión de que son os órganos xerais ou centrais dos ditos Estados, en canto que responsables últimos da execución da normativa eurocomunitaria, os obrigados a comunicar á CEE e a asumir ante esta o nomeamento ou a designación dun veterinario oficial. Ese nomeamento deberá efectuarse segundo o oportuno procedemento interno sobre o cal nada dispón, obviamente, a normativa comunitaria. Por conseguinte, son tamén aquí as regras internas as que deben determinar qué instancia do Estado membro está constitucionalmente habilitada para nomear o veterinario oficial cuxa intervención se precisa polas directivas aludidas. De aí que ao que debemos atender para resolver este aspecto do presente conflito é, estritamente e como advertiamos no fundamento 2, ao conxunto de normas a que se refire o artigo 63.1 da LOTC.

Polas mesmas razóns que expuxemos no fundamento anterior, e sobre as que non resulta necesario volver, os títulos competenciais que serven de fundamento á libre e directa designación polas institucións centrais do Estado do veterinario oficial son os de comercio exterior e sanidade exterior (art. 149.1.10 e 16 da CE). Desde tal perspectiva, as disposicións impugnadas acomódanse ao sistema constitucional e estatutario de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas. Podemos observar, non obstante, que, mentres os reais decretos 1754 e 1755 de 1987 atribúen *in toto* a designación aos ministerios de Sanidade e Agricultura, o Real decreto 1728/1987, en cambio, prevé que esa designación teña lugar «logo de proposta das comunidades

autónomas», determina así non só que órgano da Administración central é o competente para a designación, senón tamén un modo de exercicio necesario de tal competencia, que implica a colaboración da comunidade autónoma afectada *ration loci*.

Segundo queda tamén dito con anterioridade, é este modo de articulación das competencias respectivas do Estado e das comunidades autónomas o que se adecua ao principio de colaboración a que tan repetidamente nos referimos. En canto que esa colaboración autonómica na designación do «veterinario oficial» non está impedida polas correspondentes normas dos reais decretos 1754 e 1755 de 1986, é claro que tales normas non poden ser consideradas violadoras das competencias autonómicas, pois limítanse a afirmar a existencia dunha competencia estatal. A salvagarda das competencias propias da Generalitat en materia de sanidade interior obriga, non obstante, a considerar que eses preceptos incompletos deben ser integrados coas precisións que o Real decreto 1728/1987 introduce respecto do modo de exercicio da competencia estatal e que, en consecuencia, para respectar as competencias da Generalitat, tamén as designacións de «veterinario oficial» a que se refiren os reais decretos 1754 e 1755 de 1986 deberán facerse por proposta da Comunidade Autónoma».

Na Sentenza 115/1991, do 23 de maio, o Tribunal Constitucional perfeccionou a anterior liña argumental nun novo conflito positivo de competencias. En síntese, dos seus fundamentos xurídicos infírese:

- a) A translación da normativa comunitaria ao dereito interno debe seguir os criterios constitucionais e estatutarios de repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, a través da orde competencial establecida, que non resulta alterada nin polo ingreso de España na Comunidade Europea nin pola promulgación de normas comunitarias.
- b) Na medida en que a dimensión territorial do cultivo e da produción de determinadas especies e variedades exixa ineludiblemente unha delimitación de zona de alcance territorial que supere ao dunha comunidade autónoma, esa delimitación territorial e a consecuente regulación debe corresponder ao Estado.
- c) Como xa apuntaba a STC 76/1991 (comercio exterior), o Estado, xunto coas comunidades autónomas, pode encontrar instrumentos técnicos de colaboración e

cooperación que permitan unha tarefa técnica conxunta centralizada cando razóns de eficacia así o aconsellan. Pero as razóns técnicas ou de eficacia non poden xustificar en ningún caso o descoñecemento ou menoscabo das competencias da comunidade autónoma nin os deberes de colaboración ou información recíproca poden explicar extensión ningunha das competencias estatais.

Na Sentenza 80/1993, do 8 de marzo, o Tribunal Constitucional referendou esa doutrina aducindo, en resumo:

- a) É o Estado, como membro da CEE e obrigado polas directivas comunitarias, quen debe relacionarse coas institucións autonómicas e demais Estados membros para facerlles chegar a información pertinente [FX 3].
- b) A dimensión exterior dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do art. 149.1.3 da CE que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada de certa incidencia exterior por remota que sexa, xa que, se así for, se produciría unha reordenación da propia orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas [FX 3].
- c) Son as regras internas de delimitación competencial as que, en todo caso, deben fundamentar a resposta aos conflitos de competencias xurdidos entre o Estado e as comunidades autónomas, tal como, ademais, se recoñece desde o propio dereito comunitario, no cal consolidada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza consagrou o chamado principio de autonomía institucional e procedemental, en virtude do cal, cando as disposicións dos tratados ou demais normas comunitarias recoñecen poderes aos Estados membros ou lles impoñen obrigas en orde á aplicación do dereito comunitario, a cuestión de saber de que forma o exercicio deses poderes e a execución das obrigas poden ser confiados polos Estados membros a determinados órganos internos depende unicamente do sistema constitucional de cada Estado membro [FX 3].
- d) En estreita relación coa responsabilidade internacional do Estado debe sinalarse que a plena garantía do cumprimento e da execución das obrigas internacionais e, en particular agora, do dereito comunitario que ao Estado encomenda o art. 93 da CE, a pesar de que necesariamente debe dotar o Goberno da Nación dos instrumentos necesarios para desempeñar esa función garantista, articulando a cláusula de responsabilidade por medio

dunha serie de poderes que lle permitan ao Estado levar á práctica os compromisos internacionais adoptados, tampouco pode ter unha incidencia ou proxección interna que veña alterar a distribución dos poderes entre o Estado e as comunidades autónomas operada polo bloque da constitucionalidade [FX 3].

AUTOR: JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LIC. EN CC. POLÍTICAS E DA ADM.

(ESPECIALIDADE RELACIÓNS INTERNACIONAIS)

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DEREITO

REVISADO POR MANUEL FUERTES CARBALLEIRA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

- *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*. Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, do 30.3.2010.
- LOUIS, JEAN-VICTOR: *El ordenamiento jurídico comunitario. Comisión Europea. Perspectivas europeas*. Bruxelas. ISBN 92-825-9078-X.
- BORCHARDT, KLAUS-DIETER: *El ABC del derecho comunitario*. Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas. ISBN 92-828-7799-X.
- ISAAC, GUY: *Manual de derecho comunitario general*. Ariel. Barcelona, 1993. ISBN 84-344-1571-2.
- STC 252/1988.
- STC 115/1991.
- STC 80/1993.

TEMA 4.

**AS INSTITUCIÓNS DA UNIÓN EUROPEA: O
PARLAMENTO, O CONSELLO EUROPEO, O
CONSELLO E A COMISIÓN. O TRIBUNAL DE
XUSTIZA E O TRIBUNAL DE CONTAS.**

TEMA 4. AS INSTITUCIÓNS DA UNIÓN EUROPEA: O PARLAMENTO, O CONSELLO EUROPEO, O CONSELLO E A COMISIÓN. O TRIBUNAL DE XUSTIZA E O TRIBUNAL DE CONTAS.

A versión consolidada do Tratado da Unión Europea (DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010), tras as modificacións introducidas polo Tratado de Lisboa, recolle con carácter xeral sobre as institucións da Unión:

<< TÍTULO III. DISPOSICIÓNS SOBRE AS INSTITUCIÓNS

Artigo 13

1. A Unión dispón dun marco institucional que ten como finalidade promover os seus valores, perseguir os seus obxectivos, defender os seus intereses, os dos seus cidadáns e os dos Estados membros, así como garantir a coherencia, eficacia e continuidade das súas políticas e accións.

As institucións da Unión son:

- O Parlamento Europeo,
- O Consello Europeo,
- O Consello,
- A Comisión Europea (denominada a partir deste momento «Comisión»),
- O Tribunal de Xustiza da Unión Europea,
- O Banco Central Europeo,
- O Tribunal de Contas.

2. Cada institución actuará dentro dos límites das atribucións que lle confiren os tratados, conforme os procedementos, condicións e fins establecidos nestes. As institucións manterán entre si unha cooperación leal.

3. As disposicións relativas ao Banco Central Europeo e ao Tribunal de Contas, así como as disposicións detalladas sobre as demais institucións, figuran no Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

4. O Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión estarán asistidos por un Comité

Económico e Social e por un Comité das Rexións que exercerán funcións consultivas.>>

En canto ao Parlamento Europeo, cabe subliñar que foi gañando gran protagonismo e peso institucional cos últimos tratados de reforma. Tras o Tratado de Lisboa, o TUE consolidado caracterízao así:

<< Artigo 14

1. O Parlamento Europeo exercerá conxuntamente co Consello a función lexislativa e a función orzamentaria. Exercerá funcións de control político e consultivas, nas condicións establecidas nos tratados. Elixirá o presidente da Comisión.
2. O Parlamento Europeo estará composto por representantes dos cidadáns da Unión. O seu número non excederá os setecentos cincuenta, e mais o presidente. A representación dos cidadáns será decrecentemente proporcional, cun mínimo de seis deputados por Estado membro. Non se lle asignarán a ningún Estado membro máis de noventa e seis escanos.

O Consello Europeo adoptará por unanimidade, por iniciativa do Parlamento Europeo e coa súa aprobación, unha decisión pola que se fixe a composición do Parlamento Europeo segundo os principios a que se refire o parágrafo primeiro.

3. Os deputados ao Parlamento Europeo serán elixidos por sufraxio universal directo, libre e secreto, para un mandato de cinco anos.
4. O Parlamento Europeo elixirá o seu presidente e a Mesa de entre os seus deputados.>>

A reafirmación da centralidade institucional e democrática do Parlamento Europeo queda exposta no artigo 10 do TUE *post* Lisboa:

<< Artigo 10

1. O funcionamento da Unión baséase na democracia representativa.
2. Os cidadáns estarán directamente representados na Unión a través do Parlamento Europeo.

Os Estados membros estarán representados no Consello Europeo polo seu xefe de Estado ou de Goberno e no Consello polos seus gobernos, que serán democraticamente responsables, ben ante os seus parlamentos nacionais, ben ante os seus cidadáns.

3. Todo cidadán ten dereito a participar na vida democrática da Unión. As decisións serán tomadas da forma máis aberta e próxima posible aos cidadáns.

4. Os partidos políticos a escala europea contribuirán a formar a conciencia política europea e a expresar a vontade dos cidadáns da Unión.>>

Ademais, o artigo 12 do TUE intenta consolidar unha canle á coordinación entre o Parlamento Europeo e os parlamentos nacionais:

<< Artigo 12

Os parlamentos nacionais contribuirán activamente ao bo funcionamento da Unión, para o cal:

a) serán informados polas institucións da Unión e recibirán notificación dos proxectos de actos legislativos da Unión de conformidade co Protocolo sobre o labor dos parlamentos nacionais na Unión Europea;

b) velarán por que se respecte o principio de subsidiariedade de conformidade cos procedementos establecidos no Protocolo sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade;

c) participarán, no marco do espazo de liberdade, seguridade e xustiza, nos mecanismos de avaliación da aplicación das políticas da Unión no dito espazo, de conformidade co artigo 70 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, e estarán asociados ao control político de Europol e á avaliación das actividades de Eurojust, de conformidade cos artigos 88 e 85 do dese tratado;

d) participarán nos procedementos de revisión dos tratados, de conformidade co artigo 48 deste tratado;

e) serán informados das solicitudes de adhesión á Unión, de conformidade co artigo 49 deste tratado;

f) participarán na cooperación interparlamentaria entre os parlamentos nacionais e co Parlamento Europeo, de conformidade co Protocolo sobre o labor dos parlamentos nacionais na Unión Europea.>>

No dito protocolo (Protocolo n.º 1), resulta moi interesante o mecanismo de cooperación

interparlamentaria (título II), que engloba dous artigos:

<< Artigo 9

O Parlamento Europeo e os parlamentos nacionais definirán conxuntamente a organización e a promoción dunha cooperación interparlamentaria eficaz e regular no seo da Unión.

Artigo 10

Unha Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos da Unión poderá dirixir ao Parlamento Europeo, ao Consello e á Comisión calquera contribución que xulgue conveniente. Esta conferencia fomentará ademais o intercambio de información e boas prácticas entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeo e entre as súas comisións especializadas. A conferencia poderá, así mesmo, organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, en particular para debater asuntos de política exterior e de seguridade común, incluídas a política común de seguridade e de defensa. As achegas da conferencia non vincularán os parlamentos nacionais nin prexulgarán a súa posición.>>

Ademais, o antedito Protocolo n.º 1 posibilita, no seu título I, un mecanismo moi orixinal de información ou alerta:

<< Artigo 2

Os proxectos de actos lexislativos dirixidos ao Parlamento Europeo e ao Consello transmitiránse aos parlamentos nacionais.

Para os efectos deste protocolo, entenderase por «proxecto de acto lexislativo» as propostas da Comisión, as iniciativas dun grupo de Estados membros, as iniciativas do Parlamento Europeo, as peticións do Tribunal de Xustiza, as recomendacións do Banco Central Europeo e as peticións do Banco Europeo de Investimentos, destinadas á adopción dun acto lexislativo.

Os proxectos de actos lexislativos que teñan a súa orixe na Comisión serán transmitidos directamente por esta aos parlamentos nacionais, ao mesmo tempo que ao Parlamento Europeo e ao Consello.

Os proxectos de actos lexislativos que teñan a súa orixe no Parlamento Europeo serán

transmitidos directamente por este aos parlamentos nacionais.

Os proxectos de actos legislativos que teñan a súa orixe nun grupo de Estados membros, no Tribunal de Xustiza, no Banco Central Europeo ou no Banco Europeo de Investimentos serán transmitidos polo Consello aos parlamentos nacionais.

Artigo 3

Os parlamentos nacionais poderán dirixir-lles aos presidentes do Parlamento Europeo, do Consello e da Comisión un ditame motivado sobre a conformidade dun proxecto de acto legislativo co principio de subsidiariedade, conforme o procedemento establecido polo Protocolo sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade.

Se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe nun grupo de Estados membros, o presidente do Consello transmitiralles o ou os ditames motivados aos gobernos deses Estados membros.

Se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe no Tribunal de Xustiza, no Banco Central Europeo ou no Banco Europeo de Investimentos, o presidente do Consello transmitiralle o ou os ditames motivados á institución ou órgano de que se trate.

Artigo 4

Entre o momento en que se lles transmita aos parlamentos nacionais un proxecto de acto legislativo nas linguas oficiais da Unión e a data de inclusión do dito proxecto na orde do día provisional do Consello con miras á súa adopción ou á adopción dunha posición no marco dun procedemento legislativo, deberá transcorrer un prazo de oito semanas. Serán posibles as excepcións en caso de urxencia, cuxos motivos se mencionarán no acto ou na posición do Consello. Ao longo desas oito semanas non poderá constatare ningún acordo sobre un proxecto de acto legislativo, salvo en casos urxentes debidamente motivados. Entre a inclusión dun proxecto de acto legislativo na orde do día provisional do Consello e a adopción dunha posición, deberá transcorrer un prazo de dez días, salvo en casos urxentes debidamente motivados.>>

Unha das tarefas máis significativas que o TUE lle atribúe ao Parlamento Europeo, ademais do rol orzamentario, é a que atinxe á acción exterior:

<< Artigo 36 (antigo artigo 21 TUE)

O alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade consultará periodicamente o Parlamento Europeo sobre os aspectos principais e as opcións fundamentais da política exterior e de seguridade común e da política común de seguridade e defensa e informará da evolución desas políticas. Velará por que se teñan debidamente en conta as opinións do Parlamento Europeo. Os representantes especiais poderán estar asociados á información ao Parlamento Europeo.

O Parlamento Europeo poderalles dirixir preguntas ou formular recomendacións ao Consello e ao alto representante. Dúas veces ao ano procederá a un debate sobre os progresos realizados no desenvolvemento da política exterior e de seguridade común, incluída a política común de seguridade e defensa.>>

No TFUE, ademais, queda reflectida a transcendencia que, tras décadas de construción comunitaria, adquiriu o Parlamento Europeo:

<< Artigo 223 (antigo artigo 190, apartados 4 e 5, TCE)

1. O Parlamento Europeo elaborará un proxecto encamiñado a establecer as disposicións necesarias para facer posible a elección dos seus membros por sufraxio universal directo, de acordo cun procedemento uniforme en todos os Estados membros ou de acordo con principios comúns a todos os Estados membros.

O Consello establecerá as disposicións necesarias por unanimidade conforme un procedemento lexislativo especial, logo de aprobación do Parlamento Europeo, que se pronunciará por maioría dos membros que o compoñen. As devanditas disposicións entrarán en vigor unha vez que sexan aprobadas polos Estados membros de conformidade coas súas respectivas normas constitucionais.

2. O Parlamento Europeo establecerá, mediante regulamentos adoptados por propia iniciativa, consonte un procedemento lexislativo especial, o estatuto e as condicións xerais de exercicio das funcións dos seus membros, logo de ditame da Comisión e con aprobación de Consello. Toda norma ou condición relativas ao réxime fiscal dos membros ou dos antigos membros decidiranse no Consello por unanimidade.

Artigo 224 (antigo artigo 191, parágrafo segundo, TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, de conformidade co procedemento lexislativo

ordinario, establecerán mediante regulamentos o estatuto dos partidos políticos a escala europea, aos que se fai referencia no apartado 4 do artigo 10 do Tratado da Unión Europea, e en particular as normas relativas ao seu financiamento.

Artigo 225 (antigo artigo 192, parágrafo segundo, TCE)

Por decisión da maioría dos membros que o compoñen, o Parlamento Europeo poderalle solicitar á Comisión que presente as propostas oportunas sobre calquera asunto que a xuízo daquel requira a elaboración dun acto da Unión para a aplicación dos tratados. Se a Comisión non presenta proposta ningunha, comunicaralle as razóns ao Parlamento Europeo.

Artigo 226 (antigo artigo 193 TCE)

En cumprimento dos seus labores e por petición da cuarta parte dos membros que o compoñen, o Parlamento Europeo poderá constituír unha comisión temporal de investigación para examinar, sen prexuízo das competencias que os tratados lles confiren a outras institucións ou órganos, alegacións de infracción ou de mala administración na aplicación do dereito da Unión, salvo que dos feitos alegados estea a coñecer un órgano xurisdiccional, ata que conclúa o procedemento xurisdiccional.

A existencia da comisión temporal de investigación rematará coa presentación do seu informe.

O Parlamento Europeo determinará as modalidades de exercicio do dereito de investigación mediante regulamentos adoptados por propia iniciativa, conforme un procedemento lexislativo especial, coa aprobación previa do Consello e da Comisión.

Artigo 227 (antigo artigo 194 TCE)

Calquera cidadán da Unión, así como calquera persoa física ou xurídica que resida ou teña o seu domicilio social nun Estado membro, terá dereito a presentarlle ao Parlamento Europeo, individualmente ou asociado con outros cidadáns ou persoas, unha petición sobre un asunto propio dos ámbitos de actuación da Unión que lle afecte directamente.

Artigo 228 (antigo artigo 195 TCE)

1. O Parlamento Europeo elixirá un Valedor do Pobo Europeo, que estará facultado para recibir as reclamacións de calquera cidadán da Unión ou de calquera persoa física ou

xurídica que resida ou teña o seu domicilio social nun Estado membro, relativas a casos de mala administración na acción das institucións, órganos ou organismos da Unión, con exclusión do Tribunal de Xustiza da Unión Europea no exercicio das súas funcións xurisdicionais. Instruirá estas reclamacións e informará ao respecto.

No desempeño da súa misión, o Valedor do Pobo levará a cabo as investigacións que considere xustificadas, ben por iniciativa propia, ben sobre a base das reclamacións recibidas directamente ou a través dun membro do Parlamento Europeo, salvo que os feitos alegados sexan ou fosen obxecto dun procedemento xurisdiccional. Cando o Valedor do Pobo comprobase un caso de mala administración, porao en coñecemento da institución, órgano ou organismo interesado, que disporá dun prazo de tres meses para exporlle a súa posición ao Valedor do Pobo. Este, a continuación, remitiralles un informe ao Parlamento Europeo e á institución, órgano ou organismo interesado. A persoa de quen emane a reclamación será informada do resultado destas investigacións.

O Valedor do Pobo presentará cada ano ao Parlamento Europeo un informe sobre o resultado das súas investigacións.

2. O Valedor do Pobo será elixido despois de cada elección do Parlamento Europeo para toda a lexislatura. O seu mandato será renovable.

Por petición do Parlamento Europeo, o Tribunal de Xustiza poderá destituír o Valedor do Pobo se este deixase de cumprir as condicións necesarias para o exercicio das súas funcións ou cometese unha falta grave.

3. O Valedor do Pobo exercerá as súas funcións con total independencia. No exercicio de tales funcións, non solicitará nin admitirá instrucións de ningún goberno, institución, órgano ou organismo. Durante o seu mandato, o Valedor do Pobo non poderá desempeñar ningunha outra actividade profesional, sexa ou non retribuída.

4. O Parlamento Europeo fixará, mediante regulamentos adoptados por propia iniciativa, conforme un procedemento lexislativo especial, o Estatuto e as condicións xerais de exercicio das funcións do Valedor do Pobo, logo de ditame da Comisión e con aprobación do Consello.

Artigo 229 (antigo artigo 196 TCE)

O Parlamento Europeo realizará cada ano un período de sesións. Reunirase, sen necesidade de convocatoria previa, o segundo martes de marzo.

O Parlamento Europeo poderá reunirse en período parcial de sesións extraordinario por petición da maioría dos membros que o compoñen, do Consello ou da Comisión.

Artigo 230 (antigo artigo 197, parágrafos segundo, terceiro e cuarto, TCE)

A Comisión poderá asistir a todas as sesións do Parlamento Europeo e comparecerá ante este se así o solicita.

A Comisión contestará oralmente ou por escrito todas as preguntas que lle sexan formuladas polo Parlamento Europeo ou polos seus membros.

O Consello Europeo e o Consello comparecerán ante o Parlamento Europeo nas condicións fixadas polo regulamento interno do Consello Europeo e polo do Consello.

Artigo 231 ,(antigo artigo 198 TCE)

Salvo disposición en contrario dos tratados, o Parlamento Europeo decidirá por maioría dos votos emitidos.

O regulamento interno fixará o quórum.

Artigo 232 (antigo artigo 199 TCE)

O Parlamento Europeo establecerá o seu propio regulamento interno por maioría dos membros que o compoñen.

Os documentos do Parlamento Europeo publicaranse na forma prevista nos tratados e no devandito regulamento.

Artigo 233 (antigo artigo 200 TCE)

O Parlamento Europeo procederá á discusión, en sesión pública, do informe xeral anual que lle presentará a Comisión.

Artigo 234 (antigo artigo 201 TCE)

O Parlamento Europeo, en caso de que se lle someta unha moción de censura sobre a xestión da Comisión, só poderá pronunciarse sobre esa moción transcorridos tres días como mínimo desde a data da súa presentación e en votación pública.

Se a moción de censura é aprobada por maioría de dous terzos dos votos emitidos que representen, á súa vez, a maioría dos deputados que compoñen o Parlamento Europeo, os membros da Comisión deberán dimitir colectivamente dos seus cargos e o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade deberá dimitir do cargo que exerce na Comisión. Permanecerán nos seus cargos e continuarán despachando os asuntos de administración ordinaria ata que sexan substituídos de conformidade co artigo 17 do Tratado da Unión Europea. En tal caso, o mandato dos membros da Comisión designados para substituílos expirará na data en que expiraría o mandato dos membros da Comisión obrigados a dimitir colectivamente dos seus cargos.>>

Como se pode ver, o Parlamento Europeo é o depositario fundamental da lexitimidade democrática que lle outorga de forma directa a cidadanía da Unión, e por iso o seu rol gañou protagonismo no xogo institucional comunitario.

Agora, antes de pasar a debullar o concernente ao Consello Europeo e ao Consello, convén, como prevención cautelar, non confundilos institucionalmente.

En canto ao Consello Europeo, o mesmo TUE especifica:

<< Artigo 15

1. O Consello Europeo daralle á Unión os impulsos necesarios para o seu desenvolvemento e definirá as súas orientacións e prioridades políticas xerais. Non exercerá función lexislativa ningunha.
2. O Consello Europeo estará composto polos xefes de Estado ou de Goberno dos Estados membros, así como polo seu presidente e polo presidente da Comisión. Participará nos seus traballos o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade.
3. O Consello Europeo reunirase dúas veces por semestre por convocatoria do seu presidente. Cando a orde do día o exixa, os membros do Consello Europeo poderán decidir contar, cada un deles, coa asistencia dun ministro e, no caso do presidente da Comisión, coa dun membro da Comisión. Cando a situación o exixa, o presidente convocará unha reunión extraordinaria do Consello Europeo.
4. O Consello Europeo pronunciarase por consenso, agás cando os tratados dispoñan outra

COUSA.

5. O Consello Europeo elixirá o seu presidente por maioría cualificada para un mandato de dous anos e medio, que poderá renovarse unha soa vez. En caso de impedimento ou falta grave, o Consello Europeo poderá pór fin ao seu mandato polo mesmo procedemento.

6. O presidente do Consello Europeo:

- a) presidirá e impulsará os traballos do Consello Europeo;
- b) velará pola preparación e continuidade dos traballos do Consello Europeo, en cooperación co presidente da Comisión e baseándose nos traballos do Consello de Asuntos Xerais;
- c) esforzarse por facilitar a cohesión e o consenso no seo do Consello Europeo;
- d) ao termo de cada reunión do Consello Europeo, presentaralle un informe ao Parlamento Europeo.

O presidente do Consello Europeo asumirá, no seu rango e condición, a representación exterior da Unión nos asuntos de política exterior e de seguridade común, sen prexuízo das atribucións do alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade.

O presidente do Consello Europeo non poderá exercer ningún mandato nacional.>>

Pola súa banda, na versión consolidada do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), dispónse sobre o Consello Europeo:

<< Artigo 235

1. En caso de votación, cada membro do Consello Europeo poderá actuar en representación dun só dos demais membros.

O apartado 4 do artigo 16 do Tratado da Unión Europea e o apartado 2 do artigo 238 deste tratado aplicaranse ao Consello Europeo cando se pronuncie por maioría cualificada. O presidente do Consello Europeo e o presidente da Comisión non participarán nas votacións do Consello Europeo cando este se pronuncie por votación.

A abstención dos membros presentes ou representados non obstará para a adopción dos acordos do Consello Europeo que requiran unanimidade.

2. O Consello Europeo poderá invitar o presidente do Parlamento Europeo a comparecer ante el.
3. O Consello Europeo pronunciarase por maioría simple nas cuestións de procedemento e para a aprobación do seu regulamento interno.
4. O Consello Europeo estará asistido pola Secretaría Xeral do Consello.

Artigo 236

O Consello Europeo adoptará por maioría cualificada:

- a) unha decisión pola que se estableza a lista das formacións do Consello, distintas da de Asuntos Xerais e a de Asuntos Exteriores, de conformidade co apartado 6 do artigo 16 do Tratado da Unión Europea;
- b) unha decisión relativa á presidencia das formacións do Consello, con excepción da de Asuntos Exteriores, de conformidade co apartado 9 do artigo 16 do Tratado da Unión Europea.>>

Pola súa banda, no mesmo TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa (DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010), dise do Consello:

<< Artigo 16

1. O Consello exercerá conxuntamente co Parlamento Europeo a función lexislativa e a función orzamentaria. Exercerá funcións de definición de políticas e de coordinación, nas condicións establecidas nos tratados.
2. O Consello estará composto por un representante de cada Estado membro, de rango ministerial, facultado para comprometer o Goberno do Estado membro ao que represente e para exercer o dereito de voto.
3. O Consello pronunciarase por maioría cualificada, agás cando os tratados dispoñan outra cousa.
4. A partir do 1 de novembro de 2014, a maioría cualificada definirase como un mínimo do 55% dos membros do Consello que inclúa polo menos quince deles e represente Estados membros que reúnan como mínimo o 65% da poboación da Unión.

Unha minoría de bloqueo estará composta por, polo menos, catro membros do Consello, a

falta do cal a maioría cualificada se considerará alcanzada.

As demais modalidades reguladoras do voto por maioría cualificada establécense no apartado 2 do artigo 238 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

5. As disposicións transitorias relativas á definición da maioría cualificada que serán de aplicación ata o 31 de outubro de 2014, así como as aplicables entre o 1 de novembro de 2014 e o 31 de marzo de 2017, estableceranse no Protocolo sobre as disposicións transitorias.

6. O Consello reunirase en diferentes formacións, cuxa lista se adoptará de conformidade co artigo 236 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

O Consello de Asuntos Xerais velará pola coherencia dos traballos das diferentes formacións do Consello. Preparará as reunións do Consello Europeo e garantirá a súa actuación subseguinte, en contacto co presidente do Consello Europeo e a Comisión.

O Consello de Asuntos Exteriores elaborará a acción exterior da Unión atendendo ás liñas estratéxicas definidas polo Consello Europeo e velará pola coherencia da acción da Unión.

7. Un Comité de Representantes Permanentes dos Gobernos dos Estados membros encargarse de preparar os traballos do Consello.

8. O Consello reunirase en público cando delibere e vote sobre un proxecto de acto legislativo. Con este fin, cada sesión do Consello dividirase en dúas partes, dedicadas respectivamente ás deliberacións sobre os actos legislativos da Unión e ás actividades non legislativas.

9. A presidencia das formacións do Consello, con excepción da de Asuntos Exteriores, será desempeñada polos representantes dos Estados membros no Consello mediante un sistema de rotación igual, de conformidade coas condicións establecidas no artigo 236 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.>>

Xa no TFUE se concreta sobre o Consello:

<< Artigo 237 (antigo artigo 204 TCE)

O Consello reunirase por convocatoria do seu presidente, por iniciativa deste, dun dos seus membros ou da Comisión.

Artigo 238 (antigo artigo 205, apartados 1 e 2, TCE)

1. Cando deba adoptar un acordo por maioría simple, o Consello pronunciárase por maioría dos membros que o compoñen.

2. Malia o disposto no apartado 4 do artigo 16 do Tratado da Unión Europea, a partir do 1 de novembro de 2014, a reserva das disposicións fixadas no Protocolo sobre as disposicións transitorias, cando o Consello non actúe por proposta da Comisión ou do alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade, a maioría cualificada definírase como un mínimo do 72% dos membros do Consello que represente Estados membros que reúnan como mínimo o 65% da poboación da Unión.

3. A partir do 1 de novembro de 2014, a reserva das disposicións fixadas no Protocolo sobre as disposicións transitorias, naqueles casos en que, en aplicación dos tratados, non todos os membros do Consello participen na votación, a maioría cualificada definírase como segue:

a) A maioría cualificada definírase como un mínimo do 55% dos membros do Consello que represente a Estados membros participantes que reúnan como mínimo o 65% da poboación dos ditos Estados.

Unha minoría de bloqueo estará composta, polo menos, polo número mínimo de membros do Consello que represente máis do 35% da poboación dos Estados membros participantes, máis un membro, a falta do cal a maioría cualificada considerárase alcanzada.

b) Malia o disposto na letra a), cando o Consello non actúe por proposta da Comisión ou do alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade, a maioría cualificada definírase como un mínimo do 72% dos membros do Consello que represente Estados membros participantes que reúnan como mínimo o 65% da poboación dos ditos Estados.

4. As abstencións dos membros presentes ou representados non impedirán adoptar os acordos do Consello que requiran unanimidade.

Artigo 239 (antigo artigo 206 TCE)

En caso de votación, cada membro do Consello poderá actuar en representación dun só dos demais membros.

Artigo 240 (antigo artigo 207 TCE)

1. Un Comité composto por representantes permanentes dos gobernos dos Estados membros encargárase de preparar os traballos do Consello e de realizar as tarefas que este lle confíe. O Comité poderá adoptar decisións de procedemento nos casos establecidos polo regulamento interno do Consello.
2. O Consello estará asistido por unha Secretaría Xeral, que estará baixo a responsabilidade dun secretario xeral nomeado polo Consello.

O Consello decidirá por maioría simple a organización da Secretaría Xeral.

3. O Consello pronunciarase por maioría simple nas cuestións de procedemento e para a aprobación do seu regulamento interno.

Artigo 241 (antigo artigo 208 TCE)

O Consello, por maioría simple, poderalle pedir á Comisión que proceda a efectuar todos os estudos que el considere oportunos para a consecución dos obxectivos comúns e que lle someta as propostas pertinentes. Se a Comisión non presenta proposta ningunha, comunicarlle as razóns ao Consello.

Artigo 242 (antigo artigo 209 TCE)

O Consello, por maioría simple, establecerá, tras consulta previa á Comisión, os estatutos dos Comités previstos nos tratados.

Artigo 243 (antigo artigo 210 TCE)

O Consello fixará os soldos, axudas de custo e pensións do presidente do Consello Europeo, do presidente da Comisión, do alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade, dos membros da Comisión, dos presidentes, membros e secretarios do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e do secretario xeral do Consello. Fixará tamén calquera outros emolumentos de carácter retributivo.>>

Finalmente, en canto á Comisión, o TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa perfílaa do seguinte xeito:

<< Artigo 17

1. A Comisión promoverá o interese xeral da Unión e tomará as iniciativas axeitadas con este fin. Velará por que se apliquen os tratados e as medidas adoptadas polas institucións en virtude destes. Supervisará a aplicación do dereito da Unión baixo o control do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Executará o orzamento e xestionará os programas. Exercerá así mesmo funcións de coordinación, execución e xestión, de conformidade coas condicións establecidas nos tratados. Con excepción da política exterior e de seguridade común e dos demais casos previstos polos tratados, asumirá a representación exterior da Unión. Adoptará as iniciativas da programación anual e plurianual da Unión co fin de alcanzar acordos interinstitucionais.

2. Os actos legislativos da Unión só poderán adoptarse por proposta da Comisión, agás cando os tratados dispoñan outra cousa. Os demais actos adoptaranse por proposta da Comisión cando así o establezan os tratados.

3. O mandato da Comisión será de cinco anos.

Os membros da Comisión serán elixidos en razón da súa competencia xeral e do seu compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezan plenas garantías de independencia.

A Comisión exercerá as súas responsabilidades con plena independencia. Sen prexuízo do disposto no apartado 2 do artigo 18, os membros da Comisión non solicitarán nin aceptarán instrucións de ningún goberno, institución, órgano ou organismo. Absteranse de todo acto incompatible coas súas obrigas ou co desempeño das súas funcións.

4. A Comisión nomeada entre a data de entrada en vigor do Tratado de Lisboa e o 31 de outubro de 2014 estará composta por un nacional de cada Estado membro, incluídos o seu presidente e o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade, que será un dos seus vicepresidentes.

5. A partir do 1 de novembro de 2014, a Comisión estará composta por un número de membros correspondente aos dous terzos do número de Estados membros, que incluírá o seu presidente e o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de

seguridade, a menos que o Consello Europeo decida por unanimidade modificar ese número.

Os membros da Comisión serán seleccionados de entre os nacionais dos Estados membros mediante un sistema de rotación estritamente igual entre os Estados membros que permita ter en conta a diversidade demográfica e xeográfica do conxunto dos ditos Estados. Este sistema será establecido por unanimidade polo Consello Europeo de conformidade co artigo 244 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

6. O presidente da Comisión:

- a) definirá as orientacións conforme as cales a Comisión desempeñará as súas funcións;
- b) determinará a organización interna da Comisión velando pola coherencia, eficacia e colexialidade da súa actuación;
- c) nomeará vicepresidentes, distintos do alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade, de entre os membros da Comisión.

Un membro da Comisión presentará a súa dimisión se llo pide o presidente. O alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade presentará a súa dimisión, conforme o procedemento establecido no apartado 1 do artigo 18, se llo pide o presidente.

7. Tendo en conta o resultado das eleccións ao Parlamento Europeo e tras manter as consultas apropiadas, o Consello Europeo proporalle ao Parlamento Europeo, por maioría cualificada, un candidato ao cargo de presidente da Comisión. O Parlamento Europeo elixirá o candidato por maioría dos membros que o compoñen. Se o candidato non obtén a maioría necesaria, o Consello Europeo propondrá no prazo dun mes, por maioría cualificada, un novo candidato, que será elixido polo Parlamento Europeo polo mesmo procedemento.

O Consello, de común acordo co presidente electo, adoptará a lista das demais personalidades que se propoña nomear membros da Comisión. Estas serán seleccionadas, a partir das propostas presentadas polos Estados membros, de acordo cos criterios enunciados no parágrafo segundo do apartado 3 e no parágrafo segundo do apartado 5.

O presidente, o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade e os demais membros da Comisión someteranse colexiadamente ao voto de aprobación do Parlamento Europeo. Sobre a base da devandita aprobación, a Comisión será nomeada polo Consello Europeo, por maioría cualificada.

8. A Comisión terá unha responsabilidade colexiada ante o Parlamento Europeo. O Parlamento Europeo poderá votar unha moción de censura contra a Comisión de conformidade co artigo 234 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Se se aproba a dita moción, os membros da Comisión deberán dimitir colectivamente dos seus cargos e o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade deberá dimitir do cargo que exerce na Comisión.>>

O TUE engade especificidades para o alto representante, que polo seu rol establece, a través da súa figura, un nexo entre Consello Europeo, Consello e Comisión:

<< Artigo 18

1. O Consello Europeo nomeará por maioría cualificada, coa aprobación do presidente da Comisión, o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade. O Consello Europeo poderá pór fin ao seu mandato polo mesmo procedemento.

2. O alto representante estará á fronte da política exterior e de seguridade común da Unión. Contribuirá coas súas propostas a elaborar a devandita política e executaraa como mandatario do Consello. Actuará do mesmo xeito en relación coa política común de seguridade e defensa.

3. O alto representante presidirá o Consello de Asuntos Exteriores.

4. O alto representante será un dos vicepresidentes da Comisión. Velará pola coherencia da acción exterior da Unión. Encargarase, dentro da Comisión, das responsabilidades que atinxen a esta no ámbito das relacións exteriores e da coordinación dos demais aspectos da acción exterior da Unión. No exercicio destas responsabilidades dentro da Comisión, e exclusivamente polo que respecta a estas, o alto representante estará suxeito aos procedementos polos que se rexe o funcionamento da Comisión na medida en que iso sexa compatible cos apartados 2 e 3. >>

No TFUE consolidado *post* Tratado de Lisboa, a vida da Comisión queda regulada do

seguinte modo:

<< Artigo 244

De conformidade co apartado 5 do artigo 17 do Tratado da Unión Europea, os membros da Comisión serán elixidos mediante un sistema de rotación establecido por unanimidade polo Consello Europeo, baseado nos principios seguintes:

- a) Tratarase os Estados membros en condicións de rigorosa igualdade no que se refire á determinación da orde correspondente e do período de permanencia dos seus nacionais na Comisión; polo tanto, a diferenza entre o número total dos mandatos que exerzan nacionais de dous determinados Estados membros nunca poderá ser superior a un.
- b) Con suxeición ao disposto na letra a), cada unha das sucesivas Comisións constituirase de forma que reflicta de xeito satisfactorio a diversidade demográfica e xeográfica do conxunto dos Estados membros.

Artigo 245 (antigo artigo 213 TCE)

Os membros da Comisión absteranse de todo acto incompatible co carácter das súas funcións. Os Estados membros respectarán a súa independencia e non intentarán influír neles no desempeño das súas funcións.

Os membros da Comisión non poderán, mentres dure o seu mandato, exercer ningunha outra actividade profesional, retribuída ou non. No momento de asumir as súas funcións, comprometeranse solemnemente a respectar, mentres dure o seu mandato e mesmo despois de finalizar este, as obrigas derivadas do seu cargo e, en especial, os deberes de honestidade e discreción, en canto á aceptación, unha vez rematado o seu mandato, de determinadas funcións ou beneficios. En caso de incumprimento desas obrigas, o Tribunal de Xustiza, por instancia do Consello, por maioría simple, ou da Comisión, poderá, segundo os casos, declarar o seu cesamento nas condicións previstas no artigo 247 ou a privación do dereito do interesado á pensión ou de calquera outro beneficio substitutivo.

Artigo 246 (antigo artigo 215 TCE)

Á parte dos casos de renovación periódica e falecemento, o mandato dos membros da Comisión concluirá individualmente por dimisión voluntaria ou cesamento.

O membro dimisionario, cesado ou falecido será substituído polo resto do seu mandato

por un novo membro da mesma nacionalidade, nomeado polo Consello, de común acordo co presidente da Comisión, logo de consulta ao Parlamento Europeo e segundo criterios establecidos no parágrafo segundo do apartado 3 do artigo 17 do Tratado da Unión Europea.

O Consello, por unanimidade e por proposta do presidente da Comisión, poderá decidir que non procede tal substitución, en particular cando quede pouco tempo para que remate o mandato do dito membro.

En caso de dimisión, cesamento ou falecemento, o presidente será substituído polo tempo que falte para rematar o mandato. Para a súa substitución será aplicable o procedemento previsto no parágrafo primeiro do apartado 7 do artigo 17 do Tratado da Unión Europea.

En caso de dimisión voluntaria, cesamento ou falecemento, o alto representante da Unión para asuntos exteriores e política de seguridade será substituído polo resto do seu mandato, de conformidade co apartado 1 do artigo 18 do Tratado da Unión Europea.

En caso de dimisión voluntaria de todos os membros da Comisión, estes permanecerán nos seus cargos e continuarán despachando os asuntos de administración ordinaria ata que sexan substituídos, polo resto do seu mandato, de conformidade co artigo 17 do Tratado da Unión Europea.

Artigo 247 (antigo artigo 216 TCE)

Todo membro da Comisión que deixe de reunir as condicións necesarias para o exercicio das súas funcións ou cometese unha falta grave poderá ser destituído polo Tribunal de Xustiza, por instancia do Consello, por maioría simple, ou da Comisión.

Artigo 248 (antigo artigo 217, apartado 2, TCE)

Sen prexuízo do apartado 4 do artigo 18 do Tratado da Unión Europea, as responsabilidades que atinxen á Comisión serán estruturadas e repartidas entre os seus membros polo presidente, de conformidade co disposto no apartado 6 do artigo 17 dese tratado. O presidente poderá reorganizar a repartición das ditas responsabilidades ao longo do seu mandato. Os membros da Comisión exercerán as funcións que lles atribúa o presidente baixo a autoridade deste.

Artigo 249 (antigos artigos 218, apartado 2, e 212 TCE)

1. A Comisión establecerá o seu regulamento interno co obxecto de asegurar o seu funcionamento e o dos seus servizos. A Comisión publicará ese regulamento.
2. A Comisión publicará todos os anos, polo menos un mes antes da apertura do período de sesións do Parlamento Europeo, un informe xeral sobre as actividades da Unión.

Artigo 250 (antigo artigo 219 TCE)

Os acordos da Comisión adoptaranse por maioría dos seus membros.

O seu regulamento interno fixará o quórum.>>

É fundamental resaltar en calquera caso o compromiso institucional da Unión cos principios de boa gobernanza. No Tratado de Funcionamento da Unión Europea, consolidado tras a vixencia do Tratado de Lisboa, recóllese:

<< Artigo 15 (antigo artigo 255 TCE)

1. Co fin de fomentar unha boa gobernanza e de garantir a participación da sociedade civil, as institucións, órganos e organismos da Unión actuarán co maior respecto posible ao principio de apertura.
2. As sesións do Parlamento Europeo serán públicas, así como as do Consello nas que este delibere e vote sobre un proxecto de acto lexislativo.
3. Todo cidadán da Unión, así como toda persoa física ou xurídica que resida ou teña o seu domicilio social nun Estado membro, terá dereito a acceder aos documentos das institucións, órganos e organismos da Unión, calquera que sexa o seu soporte, conforme os principios e as condicións que se establecerán de conformidade con este apartado.

O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario, determinarán mediante regulamentos os principios xerais e os límites, por motivos de interese público ou privado, que regulan o exercicio deste dereito de acceso aos documentos.

Cada unha das institucións, órganos ou organismos garantirá a transparencia dos seus traballos e elaborará no seu regulamento interno disposicións específicas sobre o acceso aos seus documentos, de conformidade cos regulamentos considerados no parágrafo

segundo.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea, o Banco Central Europeo e o Banco Europeo de Investimentos só estarán suxeitos a este apartado cando exerzan funcións administrativas.

O Parlamento Europeo e o Consello garantirán a publicidade dos documentos relativos aos procedementos lexislativos nas condicións establecidas polos regulamentos considerados no parágrafo segundo.>>

O TRIBUNAL DE XUSTIZA E O TRIBUNAL DE CONTAS.

O TRIBUNAL DE XUSTIZA

Sendo a Unión Europea unha unión de Estados fundamentada no dereito, comprenderase a relevante posición do Tribunal de Xustiza na estrutura institucional. O TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa caracterízao do seguinte xeito:

<< Artigo 19

1. O Tribunal de Xustiza da Unión Europea comprenderá o Tribunal de Xustiza, o Tribunal Xeral e os tribunais especializados. Garantirá o respecto do dereito na interpretación e aplicación dos tratados.

Os Estados membros establecerán as vías de recurso necesarias para garantir a tutela xudicial efectiva nos ámbitos cubertos polo dereito da Unión.

2. O Tribunal de Xustiza estará composto por un xuíz por Estado membro. Estará asistido por avogados xerais.

O Tribunal Xeral disporá polo menos dun xuíz por Estado membro.

Os xuíces e avogados xerais do Tribunal de Xustiza e os xuíces do Tribunal Xeral serán elixidos de entre personalidades que ofrezan plenas garantías de independencia e que reúnan as condicións consideradas nos artigos 253 e 254 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Serán nomeados de común acordo polos gobernos dos Estados membros para un período de seis anos. Os xuíces e avogados xerais saíntes poderán ser nomeados de novo.

3. O Tribunal de Xustiza da Unión Europea pronunciarase, de conformidade cos tratados:

- a) sobre os recursos interpostos por un Estado membro, por unha institución ou por persoas físicas ou xurídicas;
- b) con carácter prexudicial, a petición dos órganos xurisdicionais nacionais, sobre a interpretación do dereito da Unión ou sobre a validez dos actos adoptados polas institucións;
- c) nos demais casos previstos polos tratados.>>

O TFUE consolidado detalla acto seguido e de xeito pormenorizado a súa organización, estrutura e tarefas:

<< Artigo 251 (antigo artigo 221 TCE)

O Tribunal de Xustiza actuará en salas ou en gran sala, de conformidade coas normas establecidas ao respecto no Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Cando o Estatuto así o dispoña, o Tribunal de Xustiza tamén poderá actuar en Pleno.

Artigo 252 (antigo artigo 222 TCE)

O Tribunal de Xustiza estará asistido por oito avogados xerais. Se o Tribunal de Xustiza o solicitase, o Consello, por unanimidade, poderá aumentar o número de avogados xerais.

A función do avogado xeral consistirá en presentar publicamente, con toda imparcialidade e independencia, conclusións motivadas sobre os asuntos que, de conformidade co Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, requiran a súa intervención.

Artigo 253 (antigo artigo 223 TCE)

Os xuíces e os avogados xerais do Tribunal de Xustiza, elixidos entre personalidades que ofrezan absolutas garantías de independencia e que reúnan as condicións requiridas para o exercicio, nos seus respectivos países, das máis altas funcións xurisdicionais ou que sexan xurisconsultos de recoñecida competencia, serán designados de común acordo polos gobernos dos Estados membros por un período de seis anos, tras consultar o comité a que se refire o artigo 255.

Cada tres anos terá lugar unha renovación parcial dos xuíces e avogados xerais, nas condicións establecidas no Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Os xuíces elixirán de entre eles o presidente do Tribunal de Xustiza por un período de tres

anos. O seu mandato será renovable.

Os xuíces e os avogados xerais saíntes poderán ser novamente designados.

O Tribunal de Xustiza nomeará o seu secretario e establecerá o estatuto deste.

O Tribunal de Xustiza establecerá o seu Regulamento de Procedemento. Este regulamento requirirá a aprobación do Consello.

Artigo 254 (antigo artigo 224 TCE)

O número de xuíces do Tribunal Xeral será fixado polo Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O Estatuto poderá dispor que o Tribunal Xeral estea asistido por avogados xerais.

Os membros do Tribunal Xeral serán elixidos entre persoas que ofrezan absolutas garantías de independencia e que posúan a capacidade necesaria para o exercicio de altas funcións xurisdicionais. Serán designados de común acordo polos gobernos dos Estados membros por un período de seis anos, tras consultar o comité a que se refire o artigo 255. Cada tres anos terá lugar unha renovación parcial. Os membros saíntes poderán ser novamente designados.

Os xuíces elixirán de entre eles o presidente do Tribunal Xeral por un período de tres anos. O seu mandato será renovable.

O Tribunal Xeral nomeará o seu secretario e establecerá o estatuto deste.

O Tribunal Xeral establecerá o seu Regulamento de Procedemento de acordo co Tribunal de Xustiza. O devandito regulamento requirirá a aprobación do Consello.

Salvo disposición en contrario do Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, as disposicións dos tratados relativas ao Tribunal de Xustiza serán aplicables ao Tribunal Xeral.

Artigo 255

Constituirase un comité para que se pronuncie sobre a idoneidade dos candidatos para o exercicio das funcións de xuíz e avogado xeral do Tribunal de Xustiza e do Tribunal Xeral, antes de que os gobernos dos Estados membros procedan aos nomeamentos de conformidade cos artigos 253 e 254.

O comité estará composto por sete personalidades elixidas de entre antigos membros do Tribunal de Xustiza e do Tribunal Xeral, membros dos órganos xurisdicionais nacionais superiores e xuristas de recoñecida competencia, un dos cales será proposto polo Parlamento Europeo. O Consello adoptará unha decisión pola que se establezan as normas de funcionamento do comité, así como unha decisión pola que se designe os seus membros. O Consello pronunciarase por iniciativa do presidente do Tribunal de Xustiza.

Artigo 256

(antigo artigo 225 TCE)

1. O Tribunal Xeral será competente para coñecer en primeira instancia dos recursos considerados nos artigos 263, 265, 268, 270 e 272, con excepción dos que se lle atribúan a un tribunal especializado creado en virtude do artigo 257 e dos que o Estatuto lle reserve ao Tribunal de Xustiza. O Estatuto poderá establecer que o Tribunal Xeral sexa competente noutras categorías de recursos.

Contra as resolucións ditadas polo Tribunal Xeral en virtude deste apartado poderase interpor recurso de casación ante o Tribunal de Xustiza limitado ás cuestións de dereito, nas condicións e dentro dos límites fixados no Estatuto.

2. O Tribunal Xeral será competente para coñecer dos recursos que se interpoñan contra as resolucións dos tribunais especializados.

As resolucións ditadas polo Tribunal Xeral en virtude deste apartado poderán ser reexaminadas con carácter excepcional polo Tribunal de Xustiza, nas condicións e dentro dos límites fixados no Estatuto, en caso de risco grave de que se vulnere a unidade ou a coherencia do dereito da Unión.

3. O Tribunal Xeral será competente para coñecer das cuestións prexudiciais, formuladas en virtude do artigo 267, en materias específicas determinadas polo Estatuto.

Cando o Tribunal Xeral considere que o asunto require unha resolución de principio que poida afectar á unidade ou á coherencia do dereito da Unión, poderá remitir o asunto ante o Tribunal de Xustiza para que este resolva.

As resolucións ditadas polo Tribunal Xeral sobre cuestións prexudiciais poderán ser reexaminadas con carácter excepcional polo Tribunal de Xustiza, nas condicións e dentro

dos límites fixados no Estatuto, en caso de risco grave de que se vulnere a unidade ou a coherencia do dereito da Unión.

Artigo 257 (antigo artigo 225 A TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario, poderán crear tribunais especializados adxuntos ao Tribunal Xeral, encargados de coñecer en primeira instancia de determinadas categorías de recursos interpostos en materias específicas. O Parlamento Europeo e o Consello pronunciaranse mediante regulamentos, ben por proposta da Comisión tras consulta previa ao Tribunal de Xustiza, ben por instancia do Tribunal de Xustiza coa consulta previa da Comisión.

O regulamento polo que se cree un tribunal especializado fixará as normas relativas á composición dese tribunal e precisará o alcance das competencias que se lle atribúan.

Contra as resolucións ditadas polos tribunais especializados poderase interpor ante o Tribunal Xeral recurso de casación limitado ás cuestións de dereito ou, cando o regulamento relativo á creación do tribunal especializado así o considere, recurso de apelación referente tamén ás cuestións de feito.

Os membros dos tribunais especializados serán elixidos entre persoas que ofrezan absolutas garantías de independencia e que posúan a capacidade necesaria para o exercicio de funcións xurisdicionais. Serán designados polo Consello por unanimidade.

Os tribunais especializados establecerán o seu Regulamento de Procedemento de acordo co Tribunal de Xustiza. O dito regulamento requirirá a aprobación do Consello.

Salvo disposición en contrario do regulamento polo que se cree o tribunal especializado, as disposicións dos tratados relativas ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea e as disposicións do Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea serán aplicables aos tribunais especializados. O título I do Estatuto e o seu artigo 64 aplicaranse en todo caso aos tribunais especializados.

Artigo 258 (antigo artigo 226 TCE)

Se a Comisión estimase que un Estado membro incumpriu unha das obrigas que lle incumben en virtude dos tratados, emitirá un ditame motivado ao respecto, despois de

terlle ofrecido a ese Estado a posibilidade de presentar as súas observacións.

Se o Estado de que se trate non se ativese a este ditame no prazo determinado pola Comisión, esta poderá recorrer ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Artigo 259 (antigo artigo 227 TCE)

Calquera Estado membro poderá recorrer ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea se estimase que outro Estado membro incumpriu unha das obrigas que lle incumben en virtude dos tratados.

Antes de que un Estado membro interpoña, contra outro Estado membro, un recurso fundado nun suposto incumprimento das obrigas que lle atinxen en virtude dos tratados, deberá someter o asunto á Comisión.

A Comisión emitirá un ditame motivado, unha vez que os Estados interesados tivesen a posibilidade de formular as súas observacións por escrito e oralmente en procedemento contradictorio.

Se a Comisión non emitise o ditame no prazo de tres meses desde a data da solicitude, a falta de ditame non será obstáculo para poder recorrer ao Tribunal.

Artigo 260 (antigo artigo 228 TCE)

1. Se o Tribunal de Xustiza da Unión Europea declara que un Estado membro incumpriu unha das obrigas que lle incumben en virtude dos tratados, ese Estado estará obrigado a adoptar as medidas necesarias para a execución da sentenza do tribunal.

2. Se a Comisión estima que o Estado membro afectado non adoptou as medidas necesarias para a execución da sentenza do Tribunal, poderá someter o asunto ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea, despois de ofrecerlle ao dito Estado a posibilidade de presentar as súas observacións. A Comisión indicará o importe da suma a prezo fixado ou da multa coercitiva que deba ser pagada polo Estado membro afectado e que considere adaptado ás circunstancias.

Se o Tribunal declara que o Estado membro afectado incumpriu a súa sentenza, poderá imporlle o pagamento dunha suma a prezo fixado ou dunha multa coercitiva.

Este procedemento entenderase sen prexuízo do disposto no artigo 259.

3. Cando a Comisión presente un recurso ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea en virtude do artigo 258 por considerar que o Estado membro afectado incumpriu a obriga de informar sobre as medidas de transposición dunha directiva adoptada conforme un procedemento lexislativo, poderá, se o considera oportuno, indicar o importe da suma a prezo fixado ou da multa coercitiva que deba ser pagada polo dito Estado e que considere adaptado ás circunstancias.

Se o Tribunal comproba a existencia do incumprimento, poderalle impor ao Estado membro afectado o pagamento dunha suma a prezo fixado ou dunha multa coercitiva dentro do límite do importe indicado pola Comisión. A obriga de pagamento producirá efecto na data fixada polo Tribunal na sentenza.

Artigo 261 (antigo artigo 229 TCE)

Os regulamentos adoptados conxuntamente polo Parlamento Europeo e o Consello, e polo Consello, en virtude das disposicións dos tratados, poderán atribuírle ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea unha competencia xurisdiccional plena respecto das sancións previstas neses regulamentos.

Artigo 262 (antigo artigo 229 A TCE)

Sen prexuízo das restantes disposicións dos tratados, o Consello, por unanimidade, conforme un procedemento lexislativo especial e logo de consulta ao Parlamento Europeo, poderá adoptar disposicións destinadas a atribuírle ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea, na medida en que o Consello determine, a competencia para resolver litixios relativos á aplicación dos actos adoptados sobre a base dos tratados polos que se crean títulos europeos de propiedade intelectual ou industrial. As ditas disposicións entrarán en vigor cando sexan aprobadas polos Estados membros de conformidade coas súas respectivas normas constitucionais.

Artigo 263 (antigo artigo 230 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea controlará a legalidade dos actos lexislativos, dos actos do Consello, da Comisión e do Banco Central Europeo que non sexan recomendacións ou ditames, e dos actos do Parlamento Europeo e do Consello Europeo destinados a producir efectos xurídicos fronte a terceiros. Controlará tamén a legalidade

dos actos dos órganos ou organismos da Unión destinados a producir efectos xurídicos fronte a terceiros.

Para tal fin, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre os recursos por incompetencia, vicios substanciais de forma, violación dos tratados ou de calquera norma xurídica relativa á súa execución, ou desviación de poder, interpostos por un Estado membro, o Parlamento Europeo, o Consello ou a Comisión.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente nas mesmas condicións para pronunciarse sobre os recursos interpostos polo Tribunal de Contas, polo Banco Central Europeo e polo Comité das Rexións co fin de salvagardar prerrogativas destes.

Toda persoa física ou xurídica poderá interpor recurso, nas condicións previstas nos parágrafos primeiro e segundo, contra os actos dos que sexa destinataria ou que lle afecten directa e individualmente e contra os actos regulamentarios que lle afecten directamente e que non inclúan medidas de execución.

Os actos polos que se crean os órganos e organismos da Unión poderán prever condicións e procedementos específicos para os recursos presentados por persoas físicas ou xurídicas contra actos de tales órganos ou organismos destinados a producir efectos xurídicos fronte a eles.

Os recursos previstos neste artigo deberán interporse no prazo de dous meses a partir, segundo os casos, da publicación do acto, da súa notificación ao recorrente ou, a falta diso, desde o día en que este tivese coñecemento del.

Artigo 264 (antigo artigo 231 TCE)

Se o recurso fose fundado, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea declarará nulo e sen valor nin efecto ningún o acto impugnado.

Non obstante, o Tribunal indicará, se o considera necesario, aqueles efectos do acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.

Artigo 265 (antigo artigo 232 TCE)

En caso de que, en violación dos tratados, o Parlamento Europeo, o Consello Europeo, o Consello, a Comisión ou o Banco Central Europeo se abstivesen de pronunciarse, os Estados membros e as demais institucións da Unión poderán recorrer ao Tribunal de

Xustiza da Unión Europea co obxecto de que declare a devandita violación. Este artigo aplicarase, nas mesmas condicións, aos órganos e organismos da Unión que se absteñan de pronunciarse.

Este recurso soamente será admisible se a institución, órgano ou organismo de que se trate fosen requiridos previamente para que actúen. Se, transcorrido un prazo de dous meses a partir do dito requirimento, a institución, órgano ou organismo non definise a súa posición, o recurso poderá ser interposto dentro dun novo prazo de dous meses.

Toda persoa física ou xurídica poderá recorrer en queixa ao Tribunal, nas condicións sinaladas nos parágrafos precedentes, por non terlle dirixido unha das institucións, ou un dos órganos ou organismos da Unión, un acto distinto dunha recomendación ou dun ditame.

Artigo 266 (antigo artigo 233 TCE)

A institución, órgano ou organismo do que emane o acto anulado, ou cuxa abstención fose declarada contraria aos tratados, estarán obrigados a adoptar as medidas necesarias para a execución da sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Esta obriga enténdese sen prexuízo da que poida resultar da aplicación do parágrafo segundo do artigo 340.

Artigo 267 (antigo artigo 234 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prexudicial:

- a) sobre a interpretación dos tratados;
- b) sobre a validez e interpretación dos actos adoptados polas institucións, órganos ou organismos da Unión;

Cando se formule unha cuestión desta natureza ante un órgano xurisdiccional dun dos Estados membros, o dito órgano poderá pedirlle ao Tribunal que se pronuncie sobre esta, se considera necesaria unha decisión ao respecto para poder emitir a súa decisión.

Cando se formule unha cuestión deste tipo nun asunto pendente ante un órgano xurisdiccional nacional, cuxas decisións non sexan susceptibles de ulterior recurso xudicial

de dereito interno, o dito órgano estará obrigado a someter a cuestión ao Tribunal.

Cando se formule unha cuestión deste tipo nun asunto pendente ante un órgano xurisdiccional nacional en relación cunha persoa privada de liberdade, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea pronunciarase coa maior brevidade.

Artigo 268 (antigo artigo 235 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para coñecer dos litixios relativos á indemnización por danos a que se refiren os parágrafos segundo e terceiro do artigo 340.

Artigo 269

O Tribunal de Xustiza será competente para pronunciarse sobre a legalidade dun acto adoptado polo Consello Europeo ou polo Consello en virtude do artigo 7 do Tratado da Unión Europea, soamente por petición do Estado membro obxecto da constatación do Consello Europeo ou do Consello e unicamente no que se refire ao respecto das disposicións de procedemento establecidas no citado artigo.

Esta petición deberá presentarse no prazo dun mes a partir da constatación. O Tribunal pronunciarase no prazo dun mes a partir da data da petición.

Artigo 270 (antigo artigo 236 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre calquera litixio entre a Unión e os seus axentes dentro dos límites e nas condicións que estableza o Estatuto dos funcionarios da Unión e o réxime aplicable aos outros axentes da Unión.

Artigo 271 (antigo artigo 237 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente, dentro dos límites que a continuación se sinalan, para coñecer dos litixios relativos:

a) ao cumprimento das obrigas dos Estados membros que derivan dos Estatutos do Banco Europeo de Investimentos. O Consello de Administración do Banco terá, a este respecto, as competencias que o artigo 258 lle atribúe á Comisión;

b) aos acordos do Consello de Gobernadores do Banco. Calquera Estado membro, a

Comisión e o Consello de Administración do Banco poderán interpor recurso nesta materia, nas condicións previstas no artigo 263;

c) aos acordos do Consello de Administración do Banco. Só poderán interpor recurso contra tales acordos os Estados membros ou a Comisión, nas condicións establecidas no artigo 263 e unicamente por vicio de forma no procedemento previsto nos apartados 2, 5, 6 e 7 do artigo 19 dos Estatutos do Banco;

d) ao cumprimento por parte dos bancos centrais nacionais das obrigas que derivan dos tratados e dos estatutos do SEBC e do BCE. O Consello de Goberno do Banco Central Europeo disporá a este respecto, fronte aos bancos centrais nacionais, dos poderes que o artigo 258 recoñece á Comisión respecto dos Estados membros. Se o Tribunal declara que un banco central nacional incumpriu unha das obrigas que lle incumben en virtude dos tratados, ese banco estará obrigado a adoptar as medidas necesarias para a execución da sentenza do Tribunal.

Artigo 272 (antigo artigo 238 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para xulgar en virtude dunha cláusula compromisoria contida nun contrato de dereito público ou de dereito privado asinado pola Unión ou pola súa conta.

Artigo 273 (antigo artigo 239 TCE)

O Tribunal de Xustiza será competente para pronunciarse sobre calquera controversia entre Estados membros relacionada co obxecto dos tratados se tal controversia lle é sometida en virtude dun compromiso.

Artigo 274 (antigo artigo 240 TCE)

Sen prexuízo das competencias que os tratados lle atribúen ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea, os litixios nos que a Unión sexa parte non poderán ser, por tal motivo, subtraídos á competencia das xurisdicións nacionais.

Artigo 275

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea non será competente para pronunciarse sobre as disposicións relativas á política exterior e de seguridade común nin sobre os actos adoptados sobre a base destas.

Non obstante, o Tribunal de Xustiza será competente para controlar o respecto do artigo 40 do Tratado da Unión Europea e para pronunciarse sobre os recursos interpostos nas condicións consideradas no parágrafo cuarto do artigo 263 deste tratado e relativos ao control da legalidade das decisións adoptadas polo Consello en virtude do capítulo 2 do título V do Tratado da Unión Europea polas que se establezan medidas restritivas fronte a persoas físicas ou xurídicas.

Artigo 276

No exercicio das súas atribucións respecto das disposicións dos capítulos 4 e 5 do título V da terceira parte relativas ao espazo de liberdade, seguridade e xustiza, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea non será competente para comprobar a validez ou proporcionalidade de operacións efectuadas pola policía ou outros servizos con funcións coercitivas dun Estado membro, nin para pronunciarse sobre o exercicio das responsabilidades que incumben aos Estados membros respecto do mantemento da orde pública e da salvagarda da seguridade interior.

Artigo 277 (antigo artigo 241 TCE)

Aínda que expire o prazo previsto no parágrafo sexto do artigo 263, calquera das partes dun litixio no que se cuestione un acto de alcance xeral adoptado por unha institución, órgano ou organismo da Unión poderá recorrer ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea alegando a inaplicabilidade do dito acto polos motivos previstos no parágrafo segundo do artigo 263.

Artigo 278 (antigo artigo 242 TCE)

Os recursos interpostos ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea non terán efecto suspensivo. Non obstante, o Tribunal poderá, se estima que as circunstancias así o exixen, ordenar a suspensión da execución do acto impugnado.

Artigo 279 (antigo artigo 243 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea poderá ordenar as medidas provisionais necesarias nos asuntos de que estea a coñecer.

Artigo 280 (antigo artigo 244 TCE)

As sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea terán forza executiva nas

condicións que establece o artigo 299.

Artigo 281 (antigo artigo 245 TCE)

O Estatuto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea fixarase nun protocolo independente.

O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario, poderán modificar as disposicións do Estatuto, a excepción do seu título I e do seu artigo 64. O Parlamento Europeo e o Consello pronunciaranse ben por petición do Tribunal de Xustiza e logo de consulta á Comisión, ben por proposta da Comisión e logo de consulta ao Tribunal de Xustiza.>>

O TRIBUNAL DE CONTAS

No TFUE dise do Tribunal de Contas:

<< Artigo 285 (antigo artigo 246 TCE)

A fiscalización, ou control de contas da Unión, será efectuada polo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas estará composto por un nacional de cada Estado membro. Os membros do Tribunal exercerán as súas funcións con plena independencia, en interese xeral da Unión.

Artigo 286 (antigo artigo 247 TCE)

1. Os membros do Tribunal de Contas serán elixidos entre personalidades que pertenzan ou pertencesen nos seus respectivos Estados ás institucións de control externo ou que estean especialmente cualificadas para esta función. Deberán ofrecer absolutas garantías de independencia.

2. Os membros do Tribunal de Contas serán nomeados para un período de seis anos. O Consello, tras consulta previa ao Parlamento Europeo, adoptará a lista de membros establecida de conformidade coas propostas presentadas por cada Estado membro. O mandato dos membros do Tribunal de Contas será renovable.

Os membros elixirán de entre eles o presidente do Tribunal de Contas por un período de tres anos. O seu mandato será renovable.

3. No cumprimento das súas funcións, os membros do Tribunal de Contas non solicitarán

nin aceptarán instrucións de ningún Goberno nin de ningún organismo. Absteranse de realizar calquera acto incompatible co carácter das súas funcións.

4. Os membros do Tribunal de Contas non poderán, mentres dure o seu mandato, exercer ningunha outra actividade profesional, retribuída ou non. No momento de asumir as súas funcións, comprometeranse solemnemente a respectar, mentres dure o seu mandato e mesmo despois de finalizar este, as obrigas derivadas do seu cargo e, en especial, os deberes de honestidade e discreción en canto á aceptación, unha vez rematado o seu mandato, de determinadas funcións ou beneficios.

5. Á parte dos casos de renovación periódica e falecemento, o mandato dos membros do Tribunal de Contas concluírá individualmente por dimisión voluntaria ou cesamento declarado polo Tribunal de Xustiza de conformidade co disposto no apartado 6.

O interesado será substituído polo tempo que falte para rematar o mandato.

Salvo en caso de cesamento, os membros do Tribunal de Contas permanecerán no seu cargo ata a súa substitución.

6. Os membros do Tribunal de Contas só poderán ser relevados das súas funcións ou privados do seu dereito á pensión ou de calquera outro beneficio substitutivo se o Tribunal de Xustiza, por instancia do Tribunal de Contas, declarase que deixan de reunir as condicións requiridas ou de cumprir as obrigas que dimanan do seu cargo.

7. O Consello fixará as condicións de emprego e, en particular, os soldos, axudas de custo e pensións do presidente e dos membros do Tribunal de Contas. Fixará tamén calquera outros emolumentos de carácter retributivo.

8. As disposicións do Protocolo sobre os privilexios e as inmunidades da Unión Europea aplicables aos xuíces do Tribunal de Xustiza da Unión Europea serán igualmente aplicables aos membros do Tribunal de Contas.

Artigo 287 (antigo artigo 248 TCE)

1. O Tribunal de Contas examinará as contas da totalidade dos ingresos e gastos da Unión. Examinará tamén as contas da totalidade dos ingresos e gastos de calquera órgano ou organismo creado pola Unión na medida en que o acto constitutivo dese órgano ou organismo non exclúa o devandito exame.

O Tribunal de Contas presentaralle ao Parlamento Europeo e ao Consello unha declaración sobre a fiabilidade das contas e a regularidade e legalidade das operacións correspondentes que será publicada no *Diario Oficial da Unión Europea*. Esta declaración poderá completarse con observacións específicas sobre cada un dos ámbitos principais da actividade da Unión.

2. O Tribunal de Contas examinará a legalidade e regularidade dos ingresos e gastos e garantirá unha boa xestión financeira. Ao facelo, informará, en particular, de calquera caso de irregularidade.

O control dos ingresos efectuarase sobre a base das liquidacións e das cantidades entregadas á Unión.

O control dos gastos efectuarase sobre a base dos compromisos asumidos e os pagamentos realizados.

Ambos os dous controis poderán efectuarse antes do peche das contas do exercicio orzamentario considerado.

3. O control levarase a cabo sobre a documentación contable e, en caso necesario, nas dependencias correspondentes das outras institucións da Unión, nas dependencias de calquera órgano ou organismo que xestione ingresos ou gastos en nome da Unión e nos Estados membros, incluídas as dependencias de calquera persoa física ou xurídica que perciba fondos do orzamento. Nos Estados membros, o control efectuarase en colaboración coas institucións nacionais de control ou, se estas non posúen as competencias necesarias, cos servizos nacionais competentes. O Tribunal de Contas e as institucións nacionais de control dos Estados membros cooperarán con espírito de confianza e mantendo a súa independencia. Tales institucións ou servizos comunicaranlle ao Tribunal de Contas se teñen a intención de participar no mencionado control.

As outras institucións da Unión, calquera órgano ou organismo que xestione ingresos ou gastos en nome da Unión, calquera persoa física ou xurídica que perciba fondos do orzamento e as institucións nacionais de control ou, se estas non posúen as competencias necesarias, os servizos nacionais competentes, comunicaranlle ao Tribunal de Contas, por instancia deste, calquera documento ou información necesarios para o cumprimento da súa misión.

Respecto á actividade do Banco Europeo de Investimentos na xestión dos ingresos e gastos da Unión, o dereito de acceso do Tribunal ás informacións que posúe o Banco rexerase por un acordo asinado entre o Tribunal, o Banco e a Comisión. En ausencia de tal acordo, o Tribunal terá, non obstante, acceso ás informacións necesarias para o control dos ingresos e gastos da Unión xestionados polo Banco.

4. O Tribunal de Contas elaborará, despois do peche de cada exercicio, un informe anual. Este informe será transmitido ás institucións da Unión e publicado no *Diario Oficial da Unión Europea*, acompañado das respostas destas institucións ás observacións do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas poderá, ademais, presentar en calquera momento as súas observacións, que poderán consistir en informes especiais, sobre cuestións particulares e emitir ditames, por instancia dunha das demais institucións da Unión.

O Tribunal de Contas aprobará os seus informes anuais, informes especiais ou ditames por maioría dos membros que o compoñen. Non obstante, poderá crear no seu seo salas para aprobar determinadas categorías de informes ou de ditames nas condicións previstas polo seu regulamento interno.

O Tribunal de Contas asistirá o Parlamento Europeo e o Consello no exercicio da súa función de control da execución do orzamento.

O Tribunal de Contas elaborará o seu regulamento interno, o cal requirirá a aprobación do Consello.>>

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LIC. EN CC. POLÍTICAS E DA ADM.

(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS INTERNACIONAIS*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DEREITO

REVISADO POR ISABEL TORRALBA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

- Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010.

TEMA 5.

AS COMPETENCIAS DA UNIÓN EUROPEA. O MARCO DE ATRIBUCIÓNS CONCEDIDAS POLOS TRATADOS. O DESENVOLVEMENTO DAS COMPETENCIAS DA UNIÓN. AS RELACIÓNS ENTRE AS COMPETENCIAS DA UNIÓN E AS COMPETENCIAS NACIONAIS. PARTICIPACIÓN DOS ENTES TERRITORIAIS NON ESTATAIS NO PROCESO DECISORIO

TEMA 5. AS COMPETENCIAS DA UNIÓN EUROPEA. O MARCO DE ATRIBUCIÓNS CONCEDIDAS POLOS TRATADOS. O DESENVOLVEMENTO DAS COMPETENCIAS DA UNIÓN. AS RELACIÓNS ENTRE AS COMPETENCIAS DA UNIÓN E AS COMPETENCIAS NACIONAIS. PARTICIPACIÓN DOS ENTES TERRITORIAIS NON ESTATAIS NO PROCESO DECISORIO

1. AS COMPETENCIAS DA UNIÓN EUROPEA

Desde un punto de vista material, a Unión Europea só pode actuar alí onde os seus Estados a autorizaron a facelo, ao pór en común unha serie de ámbitos competenciais, comunitarizados en maior ou menor grao.

Na parte terceira do TFUE concrétanse as políticas e accións internas da Unión, a saber:

* Título I: Mercado interior.

* Título II: Libre circulación de mercadorías.

- Capítulo 1: Unión alfandegueira
- Capítulo 2: Cooperación alfandegueira
- Capítulo 3: Prohibición das restricións cuantitativas entre os Estados membros

* Título III: Agricultura e pesca.

* Título IV: Libre circulación de persoas, servizos e capitais.

- Capítulo 1: Traballadores
- Capítulo 2: Dereito de establecemento
- Capítulo 3: Servizos
- Capítulo 4: Capital e pagamentos

* Título V: Espazo de liberdade, seguridade e xustiza.

- Capítulo 1: Disposicións xerais
- Capítulo 2: Políticas sobre controis nas fronteiras, asilo e inmigración
- Capítulo 3: Cooperación xudicial en materia civil
- Capítulo 4: Cooperación xudicial en materia penal

- Capítulo 5: Cooperación policial

* Título VI: Transportes.

* Título VII: Normas comúns sobre competencia, fiscalidade e aproximación das lexislacións.

- Capítulo 1: Normas sobre competencia

Sección primeira: Disposicións aplicables ás empresas

Sección segunda: Axudas outorgadas polos Estados

- Capítulo 2: Disposicións fiscais

- Capítulo 3: Aproximación das lexislacións

* Título VIII: Política económica e monetaria.

- Capítulo 1: Política económica

- Capítulo 2: Política monetaria

- Capítulo 3: Disposicións institucionais

- Capítulo 4: Disposicións específicas para os Estados membros cuxa moeda é o euro

- Capítulo 5: Disposicións transitorias

* Título IX: Emprego.

* Título X: Política social.

* Título XI: O Fondo Social Europeo.

* Título XII: Educación, formación profesional, xuventude e deporte.

* Título XIII: Cultura.

* Título XIV: Saúde pública.

* Título XV: Protección dos consumidores.

* Título XVI: Redes transeuropeas.

* Título XVII: Industria.

* Título XVIII: Cohesión económica, social e territorial.

* Título XIX: Investigación e desenvolvemento tecnolóxico e espazo.

* Título XX: Medio ambiente.

* Título XXI: Enerxía.

* Título XXII: Turismo

* Título XXIII: Protección civil.

* Título XXIV: Cooperación administrativa.

Ademais, na parte cuarta do TFUE posibilitase que a Unión poida ocuparse da asociación dos países e territorios de ultramar.

Xa na parte quinta do TFUE residénciase a acción exterior da Unión, que se analiza do seguinte xeito:

+ Título I: Disposicións xerais relativas á acción exterior da Unión.

+ Título II: Política comercial común.

+ Título III: Cooperación con países terceiros e axuda humanitaria.

Capítulo 1: Cooperación para o desenvolvemento.

Capítulo 2: Cooperación económica, financeira e técnica con países terceiros.

Capítulo 3: Axuda humanitaria.

+ Título IV: Medidas restritivas.

+ Título V: Acordos internacionais.

+ Título VI: Relacións da Unión coas organizacións internacionais e con países terceiros e delegacións da Unión.

+ Título VII: Cláusula de solidariedade.

Ao final, é neste contexto no que han de ser valoradas as competencias da Unión.

2. O MARCO DE ATRIBUCIÓN CONCEDIDAS POLOS TRATADOS

A Unión exerce as competencias que lle atribúen os Estados membros. Este principio xa queda sentado no artigo 1 do TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa:

<< Artigo 1 (antigo artigo 1 TUE)

Por este tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES constitúen entre si unha UNIÓN EUROPEA, a partir deste momento denominada «Unión», á que os Estados membros lle atribúen competencias para alcanzar os seus obxectivos comúns.>>

Por conseguinte, as competencias da Unión sonlle atribuídas polos seus Estados membros cunha fundamentación e uns obxectivos detallados nos artigos 2 e 3 do TUE:

<< Artigo 2

A Unión fundaméntase nos valores de respecto da dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de dereito e respecto dos dereitos humanos, incluídos os dereitos das persoas pertencentes a minorías. Estes valores son comúns aos Estados membros nunha sociedade caracterizada polo pluralismo, a non discriminación, a tolerancia, a xustiza, a solidariedade e a igualdade entre mulleres e homes.

Artigo 3 (antigo artigo 2 TUE)

1. A Unión ten como finalidade promover a paz, os seus valores e o benestar dos seus pobos.
2. A Unión ofrecerálles aos seus cidadáns un espazo de liberdade, seguridade e xustiza sen fronteiras interiores, no que estea garantida a libre circulación de persoas conxuntamente con medidas adecuadas en materia de control das fronteiras exteriores, asilo, inmigración e de prevención e loita contra a delincuencia.
3. A Unión establecerá un mercado interior. Obrará a prol do desenvolvemento sustentable de Europa baseado nun crecemento económico equilibrado e na estabilidade dos prezos, nunha economía social de mercado altamente competitiva, tendente ao pleno emprego e ao progreso social, e nun nivel elevado de protección e mellora da calidade do medio ambiente. Así mesmo, promoverá o progreso científico e técnico.

A Unión combaterá a exclusión social e a discriminación e fomentará a xustiza e a protección sociais, a igualdade entre mulleres e homes, a solidariedade entre as xeracións e a protección dos dereitos do neno.

A Unión fomentará a cohesión económica, social e territorial e a solidariedade entre os Estados membros.

A Unión respectará a riqueza da súa diversidade cultural e lingüística e velará pola conservación e o desenvolvemento do patrimonio cultural europeo.

4. A Unión establecerá unha unión económica e monetaria cuxa moeda é o euro.

5. Nas súas relacións co resto do mundo, a Unión afirmará e promoverá os seus valores e intereses e contribuirá á protección dos seus cidadáns. Contribuirá á paz, á seguridade, ao desenvolvemento sustentable do planeta, á solidariedade e ao respecto mutuo entre os pobos, ao comercio libre e xusto, á erradicación da pobreza e á protección dos dereitos humanos, especialmente os dereitos do neno, así como ao estrito respecto e ao desenvolvemento do dereito internacional, en particular o respecto dos principios da Carta das Nacións Unidas.

6. A Unión perseguirá os seus obxectivos polos medios apropiados, de acordo coas competencias que se lle atribúen nos tratados.>>

A consecución deses obxectivos non lexitima pois unha actuación *ultra vires* da Unión, que queda limitada ás competencias que lle foron atribuídas polos seus Estados. Para subliñar esta circunstancia, o TUE especifica nos seus artigos 4 e 5:

<< Artigo 4

1. De conformidade co disposto no artigo 5, toda competencia non atribuída á Unión nos tratados correspóndelles aos Estados membros.

2. A Unión respectará a igualdade dos Estados membros ante os tratados, así como a súa identidade nacional, inherente ás estruturas fundamentais políticas e constitucionais destes, tamén no referente á autonomía local e rexional. Respectará as funcións esenciais do Estado, especialmente as que teñen por obxecto garantir a súa integridade territorial, manter a orde pública e salvagardar a seguridade nacional. En particular, a seguridade nacional seguirá sendo responsabilidade exclusiva de cada Estado membro.

3. Conforme o principio de cooperación leal, a Unión e os Estados membros respectaranse e asistiranse mutuamente no cumprimento das misións derivadas dos tratados.

Os Estados membros adoptarán todas as medidas xerais ou particulares apropiadas para asegurar o cumprimento das obrigas derivadas dos tratados ou resultantes dos actos das institucións da Unión.

Os Estados membros axudaranlle á Unión no cumprimento da súa misión e absteranse de toda medida que poida pór en perigo a consecución dos obxectivos da Unión.

Artigo 5 (antigo artigo 5 TCE)

1. A delimitación das competencias da Unión réxese polo principio de atribución. O exercicio das competencias da Unión réxese polos principios de subsidiariedade e proporcionalidade.
2. En virtude do principio de atribución, a Unión actúa dentro dos límites das competencias que lle atribúen os Estados membros nos tratados para lograr os obxectivos que estes determinan. Toda competencia non atribuída á Unión nos tratados correspóndelles aos Estados membros.
3. En virtude do principio de subsidiariedade, nos ámbitos que non sexan da súa competencia exclusiva, a Unión intervirá só en caso de que, e na medida en que os obxectivos da acción pretendida non poidan ser alcanzados de xeito suficiente polos Estados membros, nin a nivel central nin a nivel rexional e local, senón que poidan alcanzarse mellor, debido á dimensión ou aos efectos da acción pretendida, a escala da Unión.

As institucións da Unión aplicarán o principio de subsidiariedade de conformidade co Protocolo sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade. Os parlamentos nacionais velarán polo respecto do principio de subsidiariedade conforme o procedemento establecido no mencionado Protocolo.

4. En virtude do principio de proporcionalidade, o contido e a forma da acción da Unión non excederán o necesario para alcanzar os obxectivos dos tratados.

As institucións da Unión aplicarán o principio de proporcionalidade de conformidade co Protocolo sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade.>>

3. O DESENVOLVEMENTO DAS COMPETENCIAS DA UNIÓN

Para comprender como evolucionarán no seu desenvolvemento normativo as diversas competencias comunitarias, convén ter presente o título I da parte primeira do TFUE *post* Tratado de Lisboa (categorías e ámbitos de competencias da Unión), onde se detalla:

<< Artigo 2

1. Cando os tratados lle atribúan á Unión unha competencia exclusiva nun ámbito determinado, só a Unión poderá legislar e adoptar actos xuridicamente vinculantes, mentres que os Estados membros, en canto tales, unicamente poderán facelo se son facultados pola Unión ou para aplicar actos da Unión.
2. Cando os tratados lle atribúan á Unión unha competencia compartida cos Estados membros nun ámbito determinado, a Unión e os Estados membros poderán legislar e adoptar actos xuridicamente vinculantes no devandito ámbito. Os Estados membros exercerán a súa competencia na medida en que a Unión non exerce a súa. Os Estados membros exercerán de novo a súa competencia na medida en que a Unión decidise deixar de exercer a súa.
3. Os Estados membros coordinarán as súas políticas económicas e de emprego segundo as modalidades establecidas neste tratado, para a definición do cal a Unión disporá de competencia.
4. A Unión disporá de competencia, de conformidade co disposto no Tratado da Unión Europea, para definir e aplicar unha política exterior e de seguridade común, incluída a definición progresiva dunha política común de defensa.
5. En determinados ámbitos e nas condicións establecidas nos tratados, a Unión disporá de competencia para levar a cabo accións co fin de apoiar, coordinar ou complementar a acción dos Estados membros, sen por iso substituír a competencia destes nos ditos ámbitos.

Os actos xuridicamente vinculantes da Unión adoptados en virtude das disposicións dos tratados relativas a eses ámbitos non poderán levar consigo consigo harmonización ningunha das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros.

6. O alcance e as condicións de exercicio das competencias da Unión determinaranse nas disposicións dos tratados relativas a cada ámbito.

Artigo 3

1. A Unión disporá de competencia exclusiva nos ámbitos seguintes:
 - a) a unión alfandegueira;

- b) o establecemento das normas sobre competencia necesarias para o funcionamento do mercado interior;
- c) a política monetaria dos Estados membros cuxa moeda é o euro;
- d) a conservación dos recursos biolóxicos mariños dentro da política pesqueira común;
- e) a política comercial común.

2. A Unión disporá tamén de competencia exclusiva para formalizar un acordo internacional cando esa formalización estea prevista nun acto lexislativo da Unión, cando sexa necesaria para permitirlle exercer a súa competencia interna ou na medida en que poida afectar a normas comúns ou alterar o seu alcance.

Artigo 4

1. A Unión disporá de competencia compartida cos Estados membros cando os tratados lle atribúan unha competencia que non corresponda aos ámbitos mencionados nos artigos 3 e 6.

2. As competencias compartidas entre a Unión e os Estados membros aplicaranse aos seguintes ámbitos principais:

- a) o mercado interior;
- b) a política social, nos aspectos definidos neste tratado;
- c) a cohesión económica, social e territorial;
- d) a agricultura e a pesca, con exclusión da conservación dos recursos biolóxicos mariños;
- e) o medio ambiente;
- f) a protección dos consumidores;
- g) os transportes;
- h) as redes transeuropeas;
- i) a enerxía;
- j) o espazo de liberdade, seguridade e xustiza;
- k) os asuntos comúns de seguridade en materia de saúde pública, nos aspectos definidos neste tratado.

3. Nos ámbitos da investigación, o desenvolvemento tecnolóxico e o espazo, a Unión disporá de competencia para levar a cabo accións, en particular destinadas a definir e realizar programas, sen que o exercicio desta competencia poida ter por efecto impedirilles aos Estados membros exercer a súa.

4. Nos ámbitos da cooperación para o desenvolvemento e da axuda humanitaria, a Unión disporá de competencia para levar a cabo accións e unha política común, sen que o exercicio desta competencia poida ter por efecto impedirilles aos Estados membros exercer a súa.

Artigo 5

1. Os Estados membros coordinarán as súas políticas económicas no seo da Unión. Con este fin, o Consello adoptará medidas, en particular as orientacións xerais de tales políticas.

Aplicaráselles disposicións particulares aos Estados membros cuxa moeda é o euro.

2. A Unión tomará medidas para garantir a coordinación das políticas de emprego dos Estados membros, en particular definindo as orientacións das ditas políticas.

3. A Unión poderá tomar iniciativas para garantir a coordinación das políticas sociais dos Estados membros.

Artigo 6

A Unión disporá de competencia para levar a cabo accións co fin de apoiar, coordinar ou complementar a acción dos Estados membros. Os ámbitos destas accións serán, na súa finalidade europea:

- a) a protección e mellora da saúde humana;
- b) a industria;
- c) a cultura;
- d) o turismo;
- e) a educación, a formación profesional, a xuventude e o deporte;
- f) a protección civil;

g) a cooperación administrativa.>>

E, en conxunto, xa como disposición de aplicación xeral, no subseguinte título II (artigo 7 TFUE), prevese que <<a Unión velará pola coherencia entre as súas diferentes políticas e accións, tendo en conta o conxunto dos seus obxectivos e observando o principio de atribución de competencias.>>

Polo demais, convén lembrar tamén os seguintes preceptos do TFUE relacionados coa materia obxecto de estudo:

<< Artigo 291

1. Os Estados membros adoptarán todas as medidas de dereito interno necesarias para a execución dos actos xuridicamente vinculantes da Unión.
2. Cando se requiran condicións uniformes de execución dos actos xuridicamente vinculantes da Unión, estes conferiranlles competencias de execución á Comisión ou, en casos específicos debidamente xustificados e nos previstos nos artigos 24 e 26 do Tratado da Unión Europea, ao Consello.
3. Para os efectos do apartado 2, o Parlamento Europeo e o Consello establecerán previamente, mediante regulamentos adoptados conforme o procedemento lexislativo ordinario, as normas e principios xerais relativos ás modalidades de control, por parte dos Estados membros, do exercicio das competencias de execución pola Comisión.
4. No título dos actos de execución figurará a expresión «de execución».>>

<< Artigo 352 (antigo artigo 308 TCE)

1. Cando se considere necesaria unha acción da Unión no ámbito das políticas definidas nos tratados para alcanzar un dos obxectivos fixados por estes, sen que se previsen neles os poderes de actuación necesarios para tal efecto, o Consello adoptará as disposicións adecuadas por unanimidade, por proposta da Comisión e coa aprobación previa do Parlamento Europeo. Cando o Consello adopte as ditas disposicións conforme un procedemento lexislativo especial, pronunciarase tamén por unanimidade, por proposta da Comisión e coa aprobación previa do Parlamento Europeo.
2. A Comisión, no marco do procedemento de control do principio de subsidiariedade mencionado no apartado 3 do artigo 5 do Tratado da Unión Europea, indicarlles aos

parlamentos nacionais as propostas que se baseen neste artigo.

3. As medidas baseadas neste artigo non poderán levar consigo harmonización ningunha das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros cando os tratados exclúan a dita harmonización.

4. Este artigo non poderá servir de base para alcanzar obxectivos do ámbito da política exterior e de seguridade común, e todo acto adoptado de conformidade con este artigo respectará os límites fixados no parágrafo segundo do artigo 40 do Tratado da Unión Europea.>>

4. AS RELACIÓNS ENTRE AS COMPETENCIAS DA UNIÓN E AS COMPETENCIAS NACIONAIS

A teor dos artigos 4 e 5 do TUE, o Protocolo n.º 2 sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade detalla as pautas para integrar a competencia comunitaria coa nacional:

<< AS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

DESEXANDO facer o necesario para que as decisións se tomen o máis preto posible dos cidadáns da Unión;

DECIDIDAS a establecer as condicións para a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade enunciados no artigo 5 do Tratado da Unión Europea, así como a establecer un sistema de control da aplicación de tales principios,

CONVIÑERON nas seguintes disposicións, que se incorporarán como anexo ao Tratado da Unión Europea e ao Tratado de Funcionamento da Unión Europea:

Artigo 1

Cada institución deberá velar de xeito permanente polo respecto dos principios de subsidiariedade e de proporcionalidade definidos no artigo 5 do Tratado da Unión Europea.

Artigo 2

Antes de propor un acto legislativo, a Comisión procederá a amplas consultas. Estas consultas deberán ter en conta, cando proceda, a dimensión rexional e local das accións previstas. En casos de urxencia excepcional, a Comisión non procederá a estas consultas.

Motivará a súa decisión na súa proposta.

Artigo 3

Para os efectos deste protocolo, entenderase por «proxecto de acto legislativo» as propostas da Comisión, as iniciativas dun grupo de Estados membros, as iniciativas do Parlamento Europeo, as peticións do Tribunal de Xustiza, as recomendacións do Banco Central Europeo e as peticións do Banco Europeo de Investimentos, destinadas á adopción dun acto legislativo.

Artigo 4

A Comisión transmitiralles os seus proxectos de actos legislativos, así como os seus proxectos modificados, aos parlamentos nacionais ao mesmo tempo que ao lexislador da Unión.

O Parlamento Europeo transmitiralles os seus proxectos de actos legislativos, así como os seus proxectos modificados, aos parlamentos nacionais.

O Consello transmitiralles os proxectos de actos legislativos que teñan a súa orixe nun grupo de Estados membros, no Tribunal de Xustiza, no Banco Central Europeo ou no Banco Europeo de Investimentos, así como os proxectos modificados, aos parlamentos nacionais.

O Parlamento Europeo transmitiralles as súas resolucións legislativas e o Consello as súas posicións aos parlamentos nacionais inmediatamente despois da súa adopción.

Artigo 5

Os proxectos de actos legislativos motivaranse en relación cos principios de subsidiariedade e de proporcionalidade. Todo proxecto de acto legislativo debería incluír unha ficha con pormenores que permitan avaliar o cumprimento dos principios de subsidiariedade e de proporcionalidade. Esta ficha debería incluír elementos que permitan avaliar o impacto financeiro e, cando se trate dunha directiva, os seus efectos na normativa que deben desenvolver os Estados membros, incluída, cando proceda, a lexislación rexional. As razóns que xustifiquen a conclusión de que un obxectivo da Unión pode alcanzarse mellor no plano desta sustentaranse en indicadores cualitativos e, cando sexa posible, cuantitativos. Os proxectos de actos legislativos terán debidamente en conta

a necesidade de que calquera carga, tanto financeira como administrativa, que recaia sobre a Unión, os gobernos nacionais, as autoridades rexionais ou locais, os axentes económicos ou os cidadáns sexa o máis reducida posible e proporcional ao obxectivo que se desexa alcanzar.

Artigo 6

Todo Parlamento nacional ou toda cámara dun destes parlamentos poderá, nun prazo de oito semanas a partir da data de transmisión dun proxecto de acto legislativo nas linguas oficiais da Unión, dirixirllles aos presidentes do Parlamento Europeo, do Consello e da Comisión un ditame motivado que expoña as razóns polas que considera que o proxecto non se axusta ao principio de subsidiariedade. Incumbiralle a cada Parlamento nacional ou a cada cámara dun Parlamento nacional consultar, cando proceda, os parlamentos rexionais que posúan competencias legislativas.

Se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe nun grupo de Estados membros, o presidente do Consello transmitiralles o ditame aos gobernos deses Estados membros.

Se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe no Tribunal de Xustiza, no Banco Central Europeo ou no Banco Europeo de Investimentos, o presidente do Consello transmitiralle o ditame á institución ou órgano de que se trate.

Artigo 7

1. O Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión, así como, se é o caso, o grupo de Estados membros, o Tribunal de Xustiza, o Banco Central Europeo ou o Banco Europeo de Investimentos, se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe neles, terán en conta os ditames motivados dirixidos polos parlamentos nacionais ou calquera das cámaras dun Parlamento nacional.

Cada Parlamento nacional disporá de dous votos, repartidos en función do sistema parlamentario nacional. Nun sistema parlamentario nacional bicameral, cada unha das dúas cámaras disporá dun voto.

2. Cando os ditames motivados que indiquen que un proxecto de acto legislativo non respecta o principio de subsidiariedade representen polo menos un terzo do total de votos atribuídos aos parlamentos nacionais de conformidade co parágrafo segundo do apartado

1, o proxecto deberase volver estudar. Este limiar reducirase a un cuarto cando se trate dun proxecto de acto legislativo presentado sobre a base do artigo 76 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, relativo ao espazo de liberdade, seguridade e xustiza.

Tras este novo estudo, a Comisión ou, se é o caso, o grupo de Estados membros, o Parlamento Europeo, o Tribunal de Xustiza, o Banco Central Europeo ou o Banco Europeo de Investimentos, se o proxecto de acto legislativo ten a súa orixe neles, poderá decidir manter o proxecto, modificalo ou retiralo. Esta decisión deberá motivarse.

3. Ademais, no marco do procedemento legislativo ordinario, cando os ditames motivados que indiquen que unha proposta de acto legislativo non respecta o principio de subsidiariedade representen polo menos a maioría simple dos votos atribuídos aos parlamentos nacionais de conformidade co parágrafo segundo do apartado 1, a proposta deberase volver estudar. Tras este novo estudo, a Comisión poderá decidir manter, modificar, ou retirar a proposta.

Se decide mantela, a Comisión deberá xustificar, mediante ditame motivado, por que considera que a proposta de que se trate respecta o principio de subsidiariedade. O dito ditame motivado, así como os dos parlamentos nacionais, deberán ser transmitidos ao lexislador da Unión, para que os teña en conta no procedemento:

a) antes de que conclúa a primeira lectura, o lexislador (Parlamento Europeo e Consello) estudará a compatibilidade da proposta legislativa co principio de subsidiariedade, atendendo de forma particular ás motivacións presentadas e compartidas pola maioría dos parlamentos nacionais e ao ditame motivado da Comisión;

b) se, por maioría do 55% dos membros do Consello ou por maioría dos votos emitidos no Parlamento Europeo, o lexislador considera que a proposta non é compatible co principio de subsidiariedade, desestimarase a proposta legislativa.

Artigo 8

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre os recursos por violación do principio de subsidiariedade, por parte dun acto legislativo, interpostos conforme os procedementos establecidos no artigo 263 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea por un Estado membro, ou transmitidos por este de

conformidade co seu ordenamento xurídico en nome do seu Parlamento nacional ou dunha cámara deste.

De conformidade cos procedementos establecidos no dito artigo, o Comité das Rexións tamén poderá interpor recursos contra actos legislativos para cuxa adopción o Tratado de Funcionamento da Unión Europea requira a súa consulta.

Artigo 9

A Comisión presentaralles ao Consello Europeo, ao Parlamento Europeo, ao Consello e aos parlamentos nacionais un informe anual sobre a aplicación do artigo 5 do Tratado da Unión Europea. Este informe anual deberá remitírselles, así mesmo, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

Este Protocolo n.º 2 debe ser, pois, integrado co Protocolo n.º 1 sobre o labor dos parlamentos nacionais na Unión Europea, así como polo Protocolo n.º 25 sobre o exercicio das competencias compartidas, que establece no seu artigo único:

<< Con referencia ao apartado 2 do artigo 2 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, relativo ás competencias compartidas, cando a Unión tome medidas nun ámbito determinado, o alcance deste exercicio de competencia só abranguerá os elementos rexidos polo acto da Unión de que se trate e, polo tanto, non incluírá todo o ámbito en cuestión.>>

Pola súa parte, con carácter hermenéutico, a Declaración n.º 18, relativa ás correspondentes disposicións dos tratados, reza:

<<18. Declaración relativa á delimitación das competencias.

A Conferencia subliña que, de conformidade co sistema de repartición de competencias entre a Unión e os Estados membros previsto no Tratado da Unión Europea e no Tratado de Funcionamento da Unión Europea, as competencias que os tratados non lle atribúisen á Unión serán dos Estados membros.

Cando os tratados lle atribúan á Unión unha competencia compartida cos Estados membros nun ámbito determinado, os Estados membros exercerán a súa competencia na medida en que a Unión non exercese a súa ou decidise deixar de exercela. Esta última situación fórmase cando as institucións competentes da Unión deciden derrogar un acto

lexislativo, en particular para garantir mellor o respecto constante dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade. O Consello, por iniciativa dun ou varios dos seus membros (representantes dos Estados membros) e de conformidade co artigo 241 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, poderá pedirlle á Comisión que presente propostas de derogación dun acto lexislativo. A Conferencia congratúlase de que a Comisión declare que lle concederá unha atención especial ás ditas solicitudes.

De igual modo, os representantes dos Gobernos dos Estados membros, reunidos nunha Conferencia intergobernamental, poderán decidir, segundo o procedemento de revisión ordinario previsto nos apartados 2 a 5 do artigo 48 do Tratado da Unión Europea, modificar os tratados nos que se fundamenta a Unión, mesmo para aumentar ou reducir as competencias atribuídas á Unión nos devanditos tratados.>>

Unha particularidade na integración da competencia comunitaria coa nacional márcaa o mecanismo das cooperaciónns reforzadas previsto no título IV do TUE:

<< Artigo 20

(antigos artigos 27 A 27 E, 40 a 40 B e 43 a 45 TUE e antigos artigos 11 e 11 A TCE)

1. Os Estados membros que desexen instaurar entre si unha cooperación reforzada no marco das competencias non exclusivas da Unión poderán facer uso das institucións desta e exercer as ditas competencias aplicando as disposicións pertinentes dos tratados, dentro dos límites e conforme as modalidades previstas neste artigo e nos artigos 326 a 334 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

A finalidade das cooperaciónns reforzadas será impulsar os obxectivos da Unión, protexer os seus intereses e reforzar o seu proceso de integración. As cooperaciónns reforzadas estarán abertas permanentemente a todos os Estados membros, de conformidade co artigo 328 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

2. A decisión de autorizar unha cooperación reforzada será adoptada polo Consello como último recurso, cando chegue á conclusión de que os obxectivos perseguidos por esa cooperación non poden ser alcanzados nun prazo razoable pola Unión no seu conxunto, e a condición de que participen nela polo menos nove Estados membros. O Consello

pronunciárase conforme o procedemento establecido no artigo 329 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

3. Todos os membros do Consello poderán participar nas súas deliberacións, pero unicamente participarán na votación os membros do Consello que representen aos Estados membros que participan nunha cooperación reforzada. As modalidades da votación establécense no artigo 330 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

4. Os actos adoptados no marco dunha cooperación reforzada vincularán unicamente os Estados membros participantes. Estes actos non se considerarán acervo que deban aceptar os Estados candidatos á adhesión á Unión.>>

Ademais, cómpre lembrar que, ao seren as competencias da Unión competencias atribuídas polos seus Estados, cabe a posibilidade dunha revisión destas, non só ampliándoas, senón mesmo reducíndoas. En efecto, o artigo 48 TUE así o prevé:

<< Artigo 48 (antigo artigo 48 TUE)

1. Os tratados poderán modificarse segundo un procedemento de revisión ordinario. Tamén poderán modificarse conforme procedementos de revisión simplificados.

Procedemento de revisión ordinario

2. O Goberno de calquera Estado membro, o Parlamento Europeo ou a Comisión poderán presentarlle ao Consello proxectos de revisión dos tratados. Estes proxectos poderán ter por finalidade, entre outras cousas, a de aumentar ou reducir as competencias atribuídas á Unión nos tratados. O Consello remitiralle os ditos proxectos ao Consello Europeo e notificarallos aos parlamentos nacionais.

(...)

Procedementos de revisión simplificados

6. O Goberno de calquera Estado membro, o Parlamento Europeo ou a Comisión poderán presentarlle ao Consello Europeo proxectos de revisión da totalidade ou parte das disposicións da terceira parte do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, relativas ás políticas e accións internas da Unión.

O Consello Europeo poderá adoptar unha decisión que modifique a totalidade ou parte das

disposicións da terceira parte do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. O Consello Europeo pronunciárase por unanimidade logo de consulta ao Parlamento Europeo e á Comisión, así como ao Banco Central Europeo no caso de modificacións institucionais no ámbito monetario. Esta decisión só entrará en vigor unha vez que sexa aprobada polos Estados membros, de conformidade coas súas respectivas normas constitucionais.

A decisión considerada no parágrafo segundo non poderá aumentar as competencias atribuídas á Unión polos tratados.>>

5. PARTICIPACIÓN DOS ENTES TERRITORIAIS NON ESTATAIS NO PROCESO DECISORIO

Especialmente desde a entrada en vigor do Tratado de Maastricht, os entes territoriais subestatais gañaron protagonismo na formación da colectiva vontade comunitaria. Hoxe, os artigos 300 e 305-307 TFUE recollen a realidade da súa participación institucionalizada a través do Comité das Rexións (CdR). O relevante agora é concretar as áreas nas que o TFUE determina que as institucións da Unión han de contar co parecer do CdR, de xeito singular:

<< Artigo 90 (antigo artigo 70 TCE)

Os obxectivos dos tratados perseguíranse, na materia regulada por este título, no marco dunha política común de transportes.

Artigo 91 (antigo artigo 71 TCE)

1. Para a aplicación do artigo 90, e tendo en conta as peculiaridades do sector dos transportes, o Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e coa consulta previa ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións...>>

<< Artigo 100 (antigo artigo 80 TCE)

1. As disposicións deste título aplicaranse aos transportes por ferrocarril, estrada ou vías navegables.

2. O Parlamento Europeo e o Consello poderán establecer, conforme o procedemento lexislativo ordinario, disposicións apropiadas para a navegación marítima e aérea. Pronunciáranse logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións.>>

<< Artigo 148 (antigo artigo 128 TCE)

1. O Consello Europeo examinará anualmente a situación do emprego na Unión e adoptará conclusións ao respecto, baseándose nun informe conxunto anual elaborado polo Consello e a Comisión.

2. Baseándose nas conclusións do Consello Europeo, o Consello, por proposta da Comisión, tras consulta previa ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social, ao Comité de Rexións e ao Comité de Emprego previsto no artigo 150, elaborará anualmente orientacións que os Estados membros terán en conta nas súas respectivas políticas de emprego. Estas orientacións serán compatibles coas orientacións xerais adoptadas conforme o disposto no apartado 2 do artigo 121.>>

<< Artigo 149 (antigo artigo 129 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e tras consulta previa ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, poderán adoptar medidas de fomento para alentar a cooperación entre os Estados membros e apoiar a actuación destes últimos no ámbito do emprego, a través de iniciativas destinadas a desenvolver os intercambios de información e boas prácticas, facilitar análises comparativas e asesoramento, así como promover propostas innovadoras e avaliar experiencias, en particular recorrendo a proxectos piloto.>>

<< Artigo 151 (antigo artigo 136 TCE)

A Unión e os Estados membros, tendo presentes dereitos sociais fundamentais como os que se indican na Carta social europea, asinada en Turín o 18 de outubro de 1961, e na Carta comunitaria dos dereitos sociais fundamentais dos traballadores, de 1989, terán como obxectivo o fomento do emprego, a mellora das condicións de vida e de traballo, co fin de conseguir a súa equiparación pola vía do progreso, unha protección social axeitada, o diálogo social, o desenvolvemento dos recursos humanos para conseguir un nivel de emprego elevado e duradeiro e a loita contra as exclusións. (...)

Artigo 153 (antigo artigo 137 TCE)

1. Para a consecución dos obxectivos do artigo 151, a Unión apoiará e completará a acción dos Estados membros nos seguintes ámbitos:

2. (...) O Parlamento Europeo e o Consello decidirán, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións.>>

<< Artigo 164 (antigo artigo 148 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello adoptarán, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, os regulamentos de aplicación relativos ao Fondo Social Europeo.>>

<< Artigo 165 (antigo artigo 149 TCE)

1. A Unión contribuirá ao desenvolvemento dunha educación de calidade fomentando a cooperación entre os Estados membros e, se fose necesario, apoiando e completando a acción destes no pleno respecto das súas responsabilidades en canto aos contidos do ensino e á organización do sistema educativo, así como da súa diversidade cultural e lingüística.

A Unión contribuirá a fomentar os aspectos europeos do deporte, tendo en conta as súas características específicas, as súas estruturas baseadas no voluntariado e a súa función social e educativa. (...)

4. Para contribuír á realización dos obxectivos considerados neste artigo:

- o Parlamento Europeo e o Consello, segundo o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros.>>

<< Artigo 166 (antigo artigo 150 TCE)

1. A Unión desenvolverá unha política de formación profesional que reforce e complete as accións dos Estados membros, respectando plenamente a responsabilidade destes no relativo ao contido e á organización da dita formación.

(...)

4. O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, adoptarán medidas para contribuír á realización dos obxectivos establecidos neste artigo, con

exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros, e o Consello adoptará, por proposta da Comisión, recomendacións.>>

<< Artigo 167 (antigo artigo 151 TCE)

1. A Unión contribuirá ao florecemento das culturas dos Estados membros, dentro do respecto da súa diversidade nacional e rexional, poñendo de relevo ao mesmo tempo o patrimonio cultural común.

(...)

5. Para contribuír á consecución dos obxectivos deste artigo:

- o Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité de Rexións, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros (...)>>

<< Artigo 168 (antigo artigo 152 TCE)

1. Ao definirse e executarse todas as políticas e accións da Unión garantirase un alto nivel de protección da saúde humana.

(...)

4. Malia o disposto no apartado 5 do artigo 2 e na letra a) do artigo 6, e de conformidade coa letra k) do apartado 2 do artigo 4, o Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, contribuirán á consecución dos obxectivos deste artigo adoptando, para facer fronte aos problemas comúns de seguridade:

(...)

5. O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, poderán adoptar tamén medidas de fomento destinadas a protexer e mellorar a saúde humana e, en particular, a loitar contra as pandemias transfronteirizas, medidas relativas á vixilancia das ameazas transfronteirizas graves para a saúde, á alerta en caso de tales ameazas e á loita contra estas, así como medidas que teñan directamente como obxectivo a protección da

saúde pública no que se refire ao tabaco e ao consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros.>>

<< Artigo 170 (antigo artigo 154 TCE)

1. Co fin de contribuír á realización dos obxectivos considerados nos artigos 26 e 174 e de permitir que os cidadáns da Unión, os operadores económicos e os entes rexionais e locais participen plenamente dos beneficios resultantes da creación dun espazo sen fronteiras interiores, a Unión contribuirá ao establecemento e ao desenvolvemento de redes transeuropeas nos sectores das infraestruturas de transportes, das telecomunicacións e da enerxía.

(...)

Artigo 171 (antigo artigo 151 TCE)

1. Co fin de alcanzar os obxectivos mencionados no artigo 170, a Unión:

(...)

Artigo 172 (antigo artigo 156 TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, adoptarán conforme o procedemento lexislativo ordinario as orientacións e as restantes medidas previstas no apartado 1 do artigo 171.>>

<< Artigo 175 (antigo artigo 159 TCE)

Os Estados membros conducirán a súa política económica e coordinarana con miras a alcanzar tamén os obxectivos enunciados no artigo 174. Ao formular e desenvolver as políticas e accións da Unión e ao desenvolver o mercado interior, teranse en conta os obxectivos enunciados no artigo 174, participando na súa consecución. A Unión apoiará así mesmo a dita consecución a través da actuación que realiza mediante os fondos con finalidade estrutural (Fondo Europeo de Orientación e de Garantía Agrícola, sección «Orientación»; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional), o Banco Europeo de Investimentos e os outros instrumentos financeiros existentes.

Cada tres anos, a Comisión presentaralles un informe ao Parlamento Europeo, ao Consello,

ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións sobre os avances realizados na consecución da cohesión económica, social e territorial e sobre a forma en que os distintos medios establecidos neste artigo contribuíran a eles. En caso necesario, o dito informe deberá ir acompañado de propostas axeitadas.

Se se manifestase a necesidade de accións específicas á marxe dos fondos e sen prexuízo das medidas decididas no marco das demais políticas da Unión, o Parlamento Europeo e o Consello poderán adoptar esas accións de conformidade co procedemento legislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións.>>

<< Artigo 177 (antigo artigo 161 TCE)

Sen prexuízo do establecido no artigo 178, o Parlamento Europeo e o Consello, mediante regulamentos adoptados conforme o procedemento legislativo ordinario, e tras consultar o Comité Económico e Social e o Comité das Rexións, determinarán as funcións, os obxectivos prioritarios e a organización dos fondos con finalidade estrutural, o que poderá supor a agrupación dos fondos. Mediante o mesmo procedemento, determinaranse así mesmo as normas xerais aplicables aos fondos, así como as disposicións necesarias para garantir a súa eficacia e a coordinación dos fondos entre si e cos demais instrumentos financeiros.>>

<< Artigo 178 (antigo artigo 162 TCE)

Os regulamentos de aplicación relativos ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional serán tomados polo Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento legislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións.>>

<< Artigo 191 (antigo artigo 174 TCE)

1. A política da Unión no ámbito do medio ambiente contribuirá a alcanzar os seguintes obxectivos:

- a conservación, a protección e a mellora da calidade do medio ambiente,
- a protección da saúde das persoas,
- a utilización prudente e racional dos recursos naturais,

- o fomento de medidas a escala internacional destinadas a facer fronte aos problemas rexionais ou mundiais do medio ambiente e en particular a loitar contra o cambio climático. (...)

Artigo 192 (antigo artigo 175 TCE)

1. O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións, decidirán as accións que deba emprender a Unión para realizar os obxectivos fixados no artigo 191.

2. Malia o procedemento de toma de decisións previsto no apartado 1 e sen prexuízo do artigo 114, o Consello, por unanimidade conforme un procedemento lexislativo especial, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, adoptará:

a) disposicións esencialmente de carácter fiscal;

b) as medidas que afecten a:

- a ordenación territorial;

- a xestión cuantitativa dos recursos hídricos ou que afecten directa ou indirectamente á dispoñibilidade dos ditos recursos;

- a utilización do solo, con excepción da xestión dos residuos;

c) as medidas que afecten de forma significativa á elección por un Estado (...) >>

<< Artigo 194

1. No marco do establecemento ou do funcionamento do mercado interior e atendendo á necesidade de preservar e mellorar o medio ambiente, a política enerxética da Unión terá por obxectivo, cun espírito de solidariedade entre os Estados membros:

(...)

2. Sen prexuízo da aplicación doutras disposicións dos tratados, o Parlamento Europeo e o Consello establecerán, conforme o procedemento lexislativo ordinario, as medidas necesarias para alcanzar os obxectivos mencionados no apartado 1. Estas medidas adoptaranse logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité de Rexións.>>

<< Artigo 263 (antigo artigo 230 TCE)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea controlará a legalidade dos actos legislativos, dos actos do Consello, da Comisión e do Banco Central Europeo que non sexan recomendacións ou ditames, e dos actos do Parlamento Europeo e do Consello Europeo destinados a producir efectos xurídicos fronte a terceiros. Controlará tamén a legalidade dos actos dos órganos ou organismos da Unión destinados a producir efectos xurídicos fronte a terceiros.

Para tal fin, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre os recursos por incompetencia, vicios substanciais de forma, violación dos tratados ou de calquera norma xurídica relativa á súa execución, ou desviación de poder, interpostos por un Estado membro, o Parlamento Europeo, o Consello ou a Comisión.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente nas mesmas condicións para pronunciarse sobre os recursos interpostos polo Tribunal de Contas, polo Banco Central Europeo e polo Comité das Rexións co fin de salvagardar prerrogativas destes. (...)>>

Por último, é salientable que no Protocolo n.º 2 do tratado, sobre a aplicación dos principios de subsidiariedade e proporcionalidade, se prevé:

<< Artigo 8

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea será competente para pronunciarse sobre os recursos por violación do principio de subsidiariedade, por parte dun acto legislativo, interpostos conforme os procedementos establecidos no artigo 263 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea por un Estado membro, ou transmitidos por este de conformidade co seu ordenamento xurídico en nome do seu Parlamento nacional ou dunha cámara deste.

De conformidade cos procedementos establecidos no dito artigo, o Comité das Rexións tamén poderá interpor recursos contra actos legislativos para cuxa adopción o Tratado de Funcionamento da Unión Europea requira a súa consulta.

Artigo 9

A Comisión presentaralles ao Consello Europeo, ao Parlamento Europeo, ao Consello e aos parlamentos nacionais un informe anual sobre a aplicación do artigo 5 do Tratado da

Unión Europea. Este informe anual deberá remitírselles así mesmo ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.>>

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LIC. EN CC. POLÍTICAS E DA ADM.

(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS INTERNACIONAIS*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DEREITO

REVISADO POR ISABEL TORRALBA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

- Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010.

TEMA 6.

A CIDADANÍA DA UNIÓN EUROPEA. A LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCADORÍAS E A POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. A LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES E POLÍTICA SOCIAL. A LIBERDADE DE ESTABLECEMENTO E A LIBRE PRESTACIÓN DE SERVIZOS. A LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITAIS.

TEMA 6. A CIDADANÍA DA UNIÓN EUROPEA. A LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCADORÍAS E A POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. A LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES E POLÍTICA SOCIAL. A LIBERDADE DE ESTABLECEMENTO E A LIBRE PRESTACIÓN DE SERVIZOS. A LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS.

1. A CIDADANÍA EUROPEA

Consagrada polos Tratados (artigo 20 do Tratado de funcionamento da Unión Europea e artigo 9 do Tratado da Unión Europea), a cidadanía europea constitúe a base da formación da identidade europea. Esta cidadanía diferénciase da cidadanía dos Estados membros, á cal complementa, fundamentalmente en que os dereitos que lles confire aos cidadáns non veñen acompañados de obrigas.

A cidadanía europea vén regulada nos artigos 9 a 12 do Tratado da Unión Europea (TUE) e artigos 18 a 25 do Tratado de funcionamento da Unión Europea (TFUE). Inspirada na libre circulación de persoas prevista no marco dos Tratados, xa nos anos sesenta xurdiu a idea de crear unha cidadanía europea asociada a dereitos e deberes precisos. Tras o labor preparatorio realizado desde mediados dos anos setenta, o Tratado da Unión Europea, adoptado en Maastricht en 1992, estableceu como un dos obxectivos da Unión «reforzar a protección dos dereitos e intereses dos nacionais dos seus Estados membros, mediante a creación dunha cidadanía da Unión». Unha nova parte do Tratado constitutivo da Comunidade Europea (antigos artigos 17 a 22) dedicouse a esta cidadanía.

Tomando como exemplo o concepto de cidadanía nacional, a cidadanía da Unión Europea caracterízase por un vínculo entre o cidadán e a Unión definido por dereitos, obrigas e a participación dos cidadáns na vida política. Desta forma, conséguese eliminar a discrepancia que deriva do feito de que os cidadáns da Unión se ven cada vez máis afectados por medidas europeas mentres que o exercicio dos dereitos e o cumprimento das obrigas, así como a participación nos procesos democráticos, se concentran case exclusivamente no plano nacional. Trátase de lograr que os cidadáns se identifiquen máis coa Unión Europea e que se desenvolvan unha opinión pública, unha conciencia política e unha identidade europeas.

Cómpre, así mesmo, reforzar a protección dos dereitos e intereses dos nacionais dos Estados membros/cidadáns da UE nas relacións da Unión co resto do mundo (artigo 3 do

TUE).

a. Definición da cidadanía da Unión

De conformidade co artigo 9 do TUE e co artigo 20 do TFUE, será cidadán da Unión toda persoa que teña a nacionalidade dun Estado membro, a cal deriva da aplicación das disposicións nacionais do dito Estado. A cidadanía da Unión complementa a cidadanía nacional sen substituíla, e está constituída por un conxunto de dereitos e deberes que se veñen sumar aos dereitos e deberes vinculados á cidadanía dun Estado membro.

b. Contido da cidadanía (artigo 20 do TFUE)

A noción de cidadanía da Unión supón para todos os cidadáns da Unión:

- — O dereito a circular e residir libremente no territorio dos Estados membros (artigo 21 do TFUE) (2.1.3).
- — O dereito de sufraxio activo e pasivo nas eleccións ao Parlamento Europeo e nas eleccións municipais (artigo 22, número 1, do TFUE) do Estado membro en que residan, nas mesmas condicións que os nacionais do dito Estado (acerca das normas relativas á participación nas eleccións municipais e nas eleccións ao Parlamento Europeo, véxanse, respectivamente, a Directiva 94/80/CE, do 19 de decembro de 1994, e a Directiva 93/109/CE, do 6 de decembro de 1993) (1.3.4).
- — O dereito a acollerse, no territorio dun terceiro país (Estado non pertencente á Unión Europea) en que non está representado o Estado membro do cal sexan nacionais, á protección das autoridades diplomáticas e consulares de calquera Estado membro nas mesmas condicións que os nacionais do dito Estado.
- — O dereito a formular peticións ao Parlamento Europeo (artigo 24, parágrafo segundo, do TFUE) e a dirixirse ao Defensor do Pobo Europeo (artigo 24, parágrafo terceiro, do TFUE) designado polo Parlamento Europeo e facultado para tratar as reclamacións relativas a casos de mala administración na acción das institucións e órganos da Unión; estes procedementos réxense de acordo co disposto nos artigos 227 e 228 do TFUE, respectivamente (1.3.16 e 2.1.4).
- — O dereito a dirixirse por escrito a calquera das institucións ou organismos da Unión nunha das linguas dos Estados membros e a recibir unha contestación nesa

mesma lingua (artigo 24, parágrafo cuarto, do TFUE).

- — O dereito a acceder aos documentos do Parlamento Europeo, do Consello e da Comisión, de acordo con determinadas condicións (artigo 15, número 3, do TFUE).

c. Ámbito de aplicación

Ata a data, o contido da cidadanía da Unión, coa excepción dos dereitos electorais, non é esencialmente senón unha sistematización de dereitos xa recoñecidos (en particular, a libre circulación, o dereito de residencia e o dereito de petición), aínda que, agora, estes dereitos figuran, en nome dun proxecto político, no dereito primario.

A diferenza da orientación constitucionalista ao uso nos Estados europeos desde a adopción en Francia, en 1789, da Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán, a cidadanía da Unión non vai acompañada da garantía dos dereitos fundamentais. O artigo 6 do TUE, na súa versión modificada polo Tratado de Lisboa, recoñece os dereitos enunciados na Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea e dispón que a Unión se adherirá ao Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais, pero non precisa o estatuto xurídico da cidadanía da Unión (sobre os dereitos fundamentais da Unión, 1.1.6).

Ata o momento, a cidadanía da Unión non impón, malia a fórmula que figura no artigo 20, número 2, do TFUE, deberes aos cidadáns da Unión, o que supón unha diferenza fundamental respecto da cidadanía nacional.

d. Iniciativa cidadá europea (2.1.5)

O antigo artigo 22, parágrafo segundo, do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea xa ofrecía perspectivas para o desenvolvemento progresivo da cidadanía da Unión e a mellora do estatuto xurídico, a escala europea, dos cidadáns da Unión. O Tratado de funcionamento da Unión Europea, na súa versión modificada polo Tratado de Lisboa, conserva as mesmas disposicións (artigo 25 do TFUE) e o artigo 11, número 4, do TUE establece un novo dereito para os cidadáns da Unión, segundo o cal «un grupo de polo menos un millón de cidadáns da Unión, que sexan nacionais dun número significativo de Estados membros, poderá tomar a iniciativa de convidar a Comisión Europea, no marco das súas atribucións, a que presente unha proposta adecuada sobre cuestións que estes

ciudadáns consideren que requiren un acto xurídico da Unión para os fins da aplicación dos Tratados». As condicións de presentación e admisión de iniciativas cidadás deste tipo son obxecto do Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento e do Consello sobre a **iniciativa cidadá** (2.1.5). O texto votado establece principalmente:

- — Os asinantes dunha iniciativa cidadá deben proceder de, polo menos, un cuarto dos Estados membros e, para cada Estado membro representado, exíxese un número mínimo de asinantes correspondente ao número de deputados ao Parlamento Europeo elixido no dito Estado membro multiplicado por 750.
- — Os organizadores deben ser, como mínimo, sete cidadáns da Unión, ter idade suficiente para poder votar nas eleccións ao Parlamento Europeo e ser residentes en, polo menos, sete Estados membros diferentes; así mesmo, o comité formado deberá designar un representante e un substituto encargados das relacións coa Comisión Europea.
- — Para que unha iniciativa cidadá sexa admisible débense cumprir as seguintes condicións: a constitución dun comité de cidadáns e o nomeamento de persoas de contacto; unha proposta que non estea manifestamente fóra do ámbito de competencias da Comisión para propoñer un acto xurídico da Unión, que non sexa manifestamente contraria aos valores da Unión (véxase o artigo 2 do TUE) e que non sexa abusiva, frívola ou temeraria.
- — A Comisión Europea deberá rexistrar toda iniciativa cidadá que cumpra cos criterios de admisibilidade establecidos nun prazo de dous meses a partir da súa recepción.

Prevese que, tras a recepción dunha iniciativa cidadá, a Comisión a publique no seu sitio web, reciba os organizadores para que expliquen as cuestións que propoñen e, nun prazo de tres meses, presente as súas conclusións de carácter xurídico e político.

Co fin de facilitar e aclarar o procedemento, o texto do regulamento inclúe tamén un formulario de declaración de apoio (cos datos requiridos para a súa verificación polos Estados membros) e define os procedementos e as condicións para a recollida dos ditos formularios. Os organizadores deben cumprir coas obrigas que garanten a protección dos

datos de carácter persoal e serán tamén responsables dos posibles danos que causen con motivo da organización dunha iniciativa cidadá e sancionados en caso de violación do regulamento.

2. A LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCADORÍAS E A POLÍTICA COMERCIAL COMÚN.

A parte terceira do TFUE inaugúrase coa súa referencia ao mercado interior. Aquí quedan xa consagradas as catro liberdades estreitamente vinculadas a el:

«Artigo 26 (antigo artigo 14 do TCE)

1. A Unión adoptará as medidas destinadas a establecer o mercado interior ou a garantir o seu funcionamento, de conformidade coas disposicións pertinentes dos Tratados.
2. O mercado interior implicará un espazo sen fronteiras interiores no cal a libre circulación de mercadorías, persoas, servizos e capitais estará garantida de acordo coas disposicións dos Tratados.
3. O Consello, por proposta da Comisión, definirá as orientacións e condicións necesarias para asegurar un progreso equilibrado no conxunto dos sectores considerados.

Artigo 27 (antigo artigo 15 do TCE)

No momento de formular as súas propostas encamiñadas á consecución dos obxectivos enunciados no artigo 26, a Comisión terá en conta a importancia do esforzo que determinadas economías, que presenten un nivel de desenvolvemento diferente, terán que realizar para o establecemento do mercado interior, e poderá propoñer as disposicións adecuadas.

Se estas disposicións adoptan a forma de excepcións, deberán ter carácter temporal e perturbar o menos posible o funcionamento do mercado interior.»

Ademais, coa entrada en vigor da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea, recóllese nos tres primeiros parágrafos do seu preámbulo:

«Os pobos de Europa, ao crearen entre si unha unión cada vez máis estreita, decidiron compartir un porvir pacífico baseado en valores comúns.

Consciente do seu patrimonio espiritual e moral, a Unión está fundada sobre os valores

indivisibles e universais da dignidade humana, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, e baséase nos principios da democracia e do Estado de dereito. Ao instituír a cidadanía da Unión e crear un espazo de liberdade, seguridade e xustiza, sitúa a persoa no centro da súa actuación.

A Unión contribúe a defender e fomentar estes valores comúns dentro do respecto da diversidade de culturas e tradicións dos pobos de Europa, así como da identidade nacional dos Estados membros e da organización dos seus poderes públicos a escala nacional, rexional e local; trata de fomentar un desenvolvemento equilibrado e sustentable e garante a libre circulación de persoas, servizos, mercadorías e capitais, así como a liberdade de establecemento.»

Convén recordar que a Carta dos Dereitos Fundamentais é un texto con plena validez xurídica, a teor do artigo 6 do TUE post Tratado de Lisboa:

<<Artigo 6 (antigo artigo 6 do TUE)

1. A Unión recoñece 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, a cal terá o mesmo valor xurídico que os Tratados.

As disposicións da Carta non ampliarán de ningún modo as competencias da Unión tal como se definen nos Tratados.

Os dereitos, liberdades e principios enunciados na Carta interpretaranse consonte as disposicións xerais do título VII da Carta polas cales se rexe a súa interpretación e aplicación, e tendo debidamente en conta as explicacións a que se fai referencia na Carta, que indican as fontes das ditas disposicións. (...) >>

É neste contexto onde hai que situar, por conseguinte, a libre circulación de mercadorías, a consubstancial unión alfandegueira que esa liberdade implica e o corolario da existencia dunha política comercial común. Sobre o primeiro deses aspectos, o título II da parte terceira do TFUE di no seu inicio:

«Artigo 28 (antigo artigo 23 do TCE)

1. A Unión comprenderá unha unión alfandegueira, que abranguerá a totalidade dos intercambios de mercadorías e que implicará a prohibición, entre os Estados membros,

dos dereitos de alfándega de importación e exportación e de calquera exaccións de efecto equivalente, así como a adopción dun arancel alfandegueiro común nas súas relacións con terceiros países.

2. As disposicións do artigo 30 e as do capítulo 3 do presente título aplicaranse aos produtos orixinarios dos Estados membros e aos produtos procedentes de terceiros países que se encontren en libre práctica nos Estados membros.

Artigo 29 (antigo artigo 24 do TCE)

Consideraranse en libre práctica nun Estado membro os produtos procedentes de terceiros países respecto dos cales se cumprisen, no dito Estado membro, as formalidades de importación e se percibisen os dereitos de alfándega e calquera outra exacción de efecto equivalente exixibles, sempre que non se tivesen beneficiado dunha devolución total ou parcial deles.»

Xa no capítulo 1 dese título II da parte terceira do TFUE se concentran as disposicións básicas da unión alfandegueira constituída polos Estados membros, que establecen:

«Artigo 30 (antigo artigo 25 do TCE)

Quedarán prohibidos entre os Estados membros os dereitos de alfándega de importación e exportación ou exaccións de efecto equivalente. Esta prohibición aplicarase tamén aos dereitos de alfándega de carácter fiscal.

Artigo 31 (antigo artigo 26 do TCE)

O Consello, por proposta da Comisión, fixará os dereitos do arancel alfandegueiro común.

Artigo 32 (antigo artigo 27 do TCE)

No cumprimento das funcións que lle son atribuídas no presente capítulo, a Comisión guiarase:

- a) Pola necesidade de promover os intercambios comerciais entre os Estados membros e terceiros países.
- b) Pola evolución das condicións de competencia dentro da Unión, na medida en que a dita evolución teña por efecto o incremento da capacidade competitiva das empresas.
- c) Polas necesidades de abastecemento da Unión en materias primas e produtos

semielaborados, procurando que non se falseen, entre os Estados membros, as condicións de competencia dos produtos acabados.

d) Pola necesidade de evitar perturbacións graves na vida económica dos Estados membros e garantir un desenvolvemento racional da produción e unha expansión do consumo na Unión.»

Para que a unión alfandegueira chegue a ser unha realidade, resulta imprescindible que se manteña a debida cooperación alfandegueira (capítulo 2 do mesmo título):

«Artigo 33 (antigo artigo 135 do TCE)

Dentro do ámbito de aplicación dos Tratados, o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario, adoptarán medidas destinadas a fortalecer a cooperación alfandegueira entre os Estados membros e entre estes e a Comisión.»

Ademais, desde a súa vertente *ad intra*, a unión alfandegueira implica o xogo limpo entre os Estados que integran o mercado interior. Por tal motivo, o capítulo 3 dese antedito título II da parte terceira do TFUE, prohibe as restricións cuantitativas á libre circulación de mercadorías entre os Estados membros da Unión:

«Artigo 34 (antigo artigo 28 do TCE)

Quedarán prohibidas entre os Estados membros as restricións cuantitativas á importación, así como todas as medidas de efecto equivalente.

Artigo 35 (antigo artigo 29 do TCE)

Quedarán prohibidas entre os Estados membros as restricións cuantitativas á exportación, así como todas as medidas de efecto equivalente.

Artigo 36 (antigo artigo 30 do TCE)

As disposicións dos artigos 34 e 35 non serán obstáculo para as prohibicións ou restricións á importación, exportación ou tránsito xustificadas por razóns de orde pública, moralidade e seguridade públicas, protección da saúde e vida das persoas e animais, preservación dos vexetais, protección do patrimonio artístico, histórico ou arqueolóxico nacional ou protección da propiedade industrial e comercial. Non obstante, tales prohibicións ou restricións non deberán constituír un medio de discriminación arbitraria nin unha restrición

encuberta do comercio entre os Estados membros.

Artigo 37 (antigo artigo 31 do TCE)

1. Os Estados membros adecuarán os monopolios nacionais de carácter comercial de tal modo que quede asegurada a exclusión de toda discriminación entre os nacionais dos Estados membros respecto das condicións de abastecemento e de mercado.

As disposicións do presente artigo aplicaranse a calquera organismo mediante o cal un Estado membro, *de iure* ou *de facto*, directa ou indirectamente, controle, dirixa ou inflúa sensiblemente nas importacións ou nas exportacións entre os Estados membros. Tales disposicións aplicaranse igualmente aos monopolios cedidos polo Estado a terceiros.

2. Os Estados membros absteranse de calquera nova medida contraria aos principios enunciados no número 1 ou que restrinja o alcance dos artigos relativos á prohibición dos dereitos de alfándega e das restricións cuantitativas entre os Estados membros.

3. En caso de que un monopolio de carácter comercial implique unha regulación destinada a facilitar a comercialización ou a mellorar a rendibilidade dos produtos agrícolas, deberanse adoptar as medidas necesarias para asegurar, na aplicación das normas do presente artigo, garantías equivalentes para o emprego e o nivel de vida dos produtores interesados.»

O corolario natural da existencia dunha política comercial común *ad extra* vén recollido no título II da parte quinta (Acción exterior da Unión) do TFUE, que prevé:

«Artigo 206 (antigo artigo 131 do TCE)

Mediante o establecemento dunha unión alfandegueira de conformidade cos artigos 28 a 32, a Unión contribuirá, no interese común, ao desenvolvemento harmonioso do comercio mundial, á supresión progresiva das restricións aos intercambios internacionais e aos investimentos estranxeiros directos, así como á redución das barreiras arancelarias e doutro tipo.

Artigo 207 (antigo artigo 133 do TCE)

1. A política comercial común basearase en principios uniformes, en particular polo que se refire ás modificacións arancelarias, á celebración de acordos arancelarios e comerciais relativos aos intercambios de mercadorías e de servizos, e aos aspectos comerciais da

propiedade intelectual e industrial, aos investimentos estranxeiros directos, á uniformización das medidas de liberalización, á política de exportación, así como ás medidas de protección comercial, entre elas as que se deban adoptar en caso de *dumping* e subvencións. A política comercial común levarase a cabo no marco dos principios e obxectivos da acción exterior da Unión.

2. O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario, adoptarán mediante regulamentos as medidas polas cales se defina o marco de aplicación da política comercial común.

3. En caso de que se deban negociar e celebrar acordos cun ou con máis terceiros países ou organizacións internacionais, aplicarase o artigo 218, sen prexuízo das disposicións específicas do presente artigo.

A Comisión presentará recomendacións ao Consello, que a autorizará a iniciar as negociacións necesarias. Corresponderalles ao Consello e á Comisión velar por que os acordos negociados sexan compatibles coas políticas e normas internas da Unión.

A Comisión levará a cabo estas negociacións en consulta cun comité especial designado polo Consello para asistila na dita tarefa e conforme coas directrices que o Consello lle poida dirixir. A Comisión informará periodicamente o comité especial e o Parlamento Europeo da marcha das negociacións.

4. Para a negociación e celebración dos acordos mencionados no número 3, o Consello decidirá por maioría cualificada.

Para a negociación e celebración de acordos nos ámbitos do comercio de servizos e dos aspectos comerciais da propiedade intelectual e industrial, así como dos investimentos estranxeiros directos, o Consello pronunciarase por unanimidade cando estes acordos conteñan disposicións nas cales se require a unanimidade para a adopción de normas internas.

O Consello pronunciarase tamén por unanimidade para a negociación e a celebración de acordos:

a) No ámbito do comercio de servizos culturais e audiovisuais, cando estes acordos poidan prexudicar a diversidade cultural e lingüística da Unión;

b) No ámbito do comercio de servizos sociais, educativos e sanitarios, cando estes acordos poidan perturbar gravemente a organización nacional dos ditos servizos e prexudicar a responsabilidade dos Estados membros na súa prestación.

5. A negociación e a celebración de acordos internacionais no ámbito dos transportes rexeranse polo título VI da terceira parte e polo artigo 218.

6. O exercicio das competencias atribuídas polo presente artigo no ámbito da política comercial común non afectará a delimitación das competencias entre a Unión e os Estados membros nin comportará unha harmonización das disposicións legais ou regulamentarias dos Estados membros na medida en que os Tratados exclúan esta harmonización.»

7.2. A LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES E POLÍTICA SOCIAL.

Sobre a libre circulación de traballadores, a parte terceira do TFUE (Políticas e accións internas da Unión), dedica o capítulo 1 do seu título IV á dita liberdade tan cualificada. En certa medida, esta liberdade, que afecta tamén a libre circulación de persoas dentro da Unión, encóntrase intimamente ligada, ademais, co capítulo 2 do mesmo título IV, aínda que o dereito de establecemento non pode negar o seu nexo coa libre prestación de servizos. En canto á política social, cingirémonos ao previsto no título X da parte terceira do TFUE, por canto o Fondo Social Europeo (título XI) merece ser estudado cos Fondos Estruturais.

Así, no citado capítulo 1 do título IV (parte terceira do TFUE), a libre circulación de traballadores regúlase da seguinte forma:

«Artigo 45 (antigo artigo 39 do TCE)

1. Quedará asegurada a libre circulación dos traballadores dentro da Unión.
2. A libre circulación supoñerá a abolición de toda discriminación por razón da nacionalidade entre os traballadores dos Estados membros, con respecto ao emprego, á retribución e ás demais condicións de traballo.
3. Sen prexuízo das limitacións xustificadas por razóns de orde pública, seguridade e saúde públicas, a libre circulación dos traballadores implicará o dereito:
 - a) De responder a ofertas efectivas de traballo.

- b) De desprazarse libremente para este fin no territorio dos Estados membros.
- c) De residir nun dos Estados membros con obxecto de exercer nel un emprego, de conformidade coas disposicións legais, regulamentarias e administrativas aplicables ao emprego dos traballadores nacionais.
- d) De permanecer no territorio dun Estado membro despois de ter exercido nel un emprego, nas condicións previstas nos regulamentos establecidos pola Comisión.

4. As disposicións do presente artigo non serán aplicables aos empregos na Administración pública.

Artigo 46 (antigo artigo 40 do TCE))

O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, adoptarán, mediante directivas ou regulamentos, as medidas necesarias co fin de facer efectiva a libre circulación dos traballadores, tal como queda definida no artigo 45, en especial:

- a) Asegurando unha estreita colaboración entre as administracións nacionais de traballo.
- b) Eliminando aqueles procedementos e prácticas administrativos, así como os prazos de acceso aos empregos dispoñibles, que resulten da lexislación nacional ou de acordos celebrados con anterioridade entre os Estados membros, cuxo mantemento supoña un obstáculo para a liberalización dos movementos dos traballadores.
- c) Eliminando todos os prazos e as demais restricións previstos nas lexislacións nacionais ou nos acordos celebrados con anterioridade entre os Estados membros, que impoñan aos traballadores dos demais Estados membros condicións distintas das impostas aos traballadores nacionais para a libre elección dun emprego.
- d) Establecendo os mecanismos adecuados para poñer en relación as ofertas e as demandas de emprego e facilitar o seu equilibrio en condicións tales que non se poña en grave perigo o nivel de vida e de emprego nas diversas rexións e industrias.

Artigo 47 (antigo artigo 41 do TCE)

Os Estados membros facilitarán, no marco dun programa común, o intercambio de traballadores mozos.

Artigo 48 (antigo artigo 42 do TCE)

O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridade social, as medidas necesarias para o establecemento da libre circulación dos traballadores, creando, en especial, un sistema que lles permita garantir aos traballadores migrantes por conta allea e por conta propia, así como aos seus habentes dereito:

- a) A acumulación de todos os períodos tomados en consideración polas distintas lexislacións nacionais para adquirir e conservar o dereito ás prestacións sociais, así como para o cálculo destas.
- b) O pagamento das prestacións ás persoas que residan nos territorios dos Estados membros.

Cando un membro do Consello declare que un proxecto de acto legislativo dos previstos no parágrafo primeiro prexudica aspectos importantes do seu sistema de seguridade social, como o seu ámbito de aplicación, custo ou estrutura financeira, ou afecta o equilibrio financeiro do dito sistema, poderá solicitar que o asunto se remita ao Consello Europeo, caso en que quedará suspendido o procedemento legislativo ordinario. Logo de deliberación e nun prazo de catro meses a partir da dita suspensión, o Consello Europeo:

- a) Devolverá o proxecto ao Consello, poñendo fin con isto á suspensión do procedemento legislativo ordinario, ou ben
- b) Non se pronunciará ou pedirá á Comisión que presente unha nova proposta. En tal caso, o acto proposto inicialmente considerarase non adoptado.»

En canto á política social, di o título X da parte terceira do TFUE:

« Artigo 151 (antigo artigo 136 do TCE)

A Unión e os Estados membros, tendo presentes dereitos sociais fundamentais como os que se indican na Carta Social Europea, asinada en Turín o 18 de outubro de 1961, e na Carta Comunitaria dos Dereitos Sociais Fundamentais dos Traballadores, de 1989, terán como obxectivo o fomento do emprego, a mellora das condicións de vida e de traballo, co fin de conseguir a súa equiparación pola vía do progreso, unha protección social adecuada, o diálogo social, o desenvolvemento dos recursos humanos para conseguir un

nivel de emprego elevado e duradeiro e a loita contra as exclusións.

Para tal fin, a Unión e os Estados membros emprenderán accións nas cales se teña en conta a diversidade das prácticas nacionais, en particular no ámbito das relacións contractuais, así como a necesidade de manter a competitividade da economía da Unión.

Consideran que esta evolución resultará tanto do funcionamento do mercado interior, que favorecerá a harmonización dos sistemas sociais, como dos procedementos previstos nos Tratados e da aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas.

Artigo 152

A Unión recoñecerá e promoverá o papel dos interlocutores sociais no seu ámbito, tendo en conta a diversidade dos sistemas nacionais. Facilitará o diálogo entre eles, dentro do respecto da súa autonomía.

O cumio social tripartito para o crecemento e o emprego contribuirá ao diálogo social.

Artigo 153 (antigo artigo 137 do TCE)

1. Para a consecución dos obxectivos do artigo 151, a Unión apoiará e completará a acción dos Estados membros nos seguintes ámbitos:

- a) a mellora, en concreto, do contorno de traballo, para protexer a saúde e a seguridade dos traballadores;
- b) as condicións de traballo;
- c) a seguridade social e a protección social dos traballadores;
- d) a protección dos traballadores en caso de rescisión do contrato laboral;
- e) a información e a consulta aos traballadores;
- f) a representación e a defensa colectiva dos intereses dos traballadores e dos empresarios, incluída a coxestión, sen prexuízo do disposto no número 5;
- g) as condicións de emprego dos nacionais de terceiros países que residan legalmente no territorio da Unión;
- h) a integración das persoas excluídas do mercado laboral, sen prexuízo do artigo 166;
- i) a igualdade entre homes e mulleres polo que respecta ás oportunidades no mercado

laboral e ao trato no traballo;

j) a loita contra a exclusión social;

k) a modernización dos sistemas de protección social, sen prexuízo da letra c).

2. Para tal fin, o Parlamento Europeo e o Consello:

a) Poderán adoptar medidas destinadas a fomentar a cooperación entre os Estados membros mediante iniciativas para mellorar os coñecementos, desenvolver o intercambio de información e de boas prácticas, promover fórmulas innovadoras e avaliar experiencias, con exclusión de toda harmonización das disposicións legais e regulamentarias dos Estados membros.

b) Poderán adoptar, nos ámbitos mencionados nas letras a) a i) do número 1, mediante directivas, as disposicións mínimas que se deberán aplicar progresivamente, tendo en conta as condicións e regulamentacións técnicas existentes en cada un dos Estados membros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financeiro e xurídico que obstaculicen a creación e o desenvolvemento de pequenas e medianas empresas.

O Parlamento Europeo e o Consello decidirán, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.

Nos ámbitos mencionados nas letras c), d), f) e g) do número 1, o Consello decidirá de acordo cun procedemento lexislativo especial, por unanimidade, logo de consulta ao Parlamento Europeo e aos ditos comités.

O Consello, por unanimidade, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, poderá decidir que o procedemento lexislativo ordinario sexa aplicable ás letras d), f) e g) do número 1.

3. Todo Estado membro poderá confiar aos interlocutores sociais, por pedimento conxunto destes últimos, a aplicación das directivas adoptadas en virtude do número 2 ou, se é o caso, a aplicación dunha decisión do Consello adoptada de conformidade co artigo 155.

En tal caso, asegurárase de que, como máis tarde na data en que deba estar trasposta ou aplicada unha directiva ou unha decisión, os interlocutores sociais establecesen, mediante acordo, as disposicións necesarias; o Estado membro interesado deberá tomar todas as

disposicións necesarias para poder garantir, en todo momento, os resultados fixados pola dita directiva ou a dita decisión.

4. As disposicións adoptadas en virtude do presente artigo:

— Non afectarán a facultade recoñecida aos Estados membros de definir os principios fundamentais do seu sistema de seguridade social, nin deberán afectar de modo sensible o equilibrio financeiro deste.

— Non lles impedirán aos Estados membros manter ou introducir medidas de protección máis estritas compatibles cos Tratados.

5. As disposicións do presente artigo non se aplicarán ás remuneracións, ao dereito de asociación e sindicación, ao dereito de folga nin ao dereito de peche patronal.

Artigo 154 (antigo artigo 138 do TCE)

1. A Comisión terá como obxectivo fomentar a consulta aos interlocutores sociais no nivel da Unión e adoptar todas as disposicións necesarias para facilitar o seu diálogo, velando por que ambas as partes reciban un apoio equilibrado.

2. Para tal efecto, antes de presentar propostas no ámbito da política social, a Comisión consultará os interlocutores sociais sobre a posible orientación dunha acción da Unión.

3. Se, tras esta consulta, a Comisión considera conveniente unha acción da Unión, consultará os interlocutores sociais sobre o contido da proposta recollida. Os interlocutores sociais remitirán á Comisión un ditame ou, se é o caso, unha recomendación.

4. Con ocasión das consultas recollidas nos números 2 e 3, os interlocutores sociais poderán informar a Comisión sobre a súa vontade de iniciar o proceso previsto no artigo 155. A duración do dito proceso non poderá exceder os nove meses, salvo se os interlocutores sociais afectados deciden prolongalo de común acordo coa Comisión.

Artigo 155 (antigo artigo 139 do TCE)

1. O diálogo entre interlocutores sociais no ámbito da Unión poderá conducir, se estes o desexan, ao establecemento de relacións convencionais, acordos incluídos.

2. A aplicación dos acordos celebrados no nivel da Unión realizarase, xa sexa segundo os procedementos e as prácticas propios dos interlocutores sociais e dos Estados membros,

xa sexa, nos ámbitos suxeitos ao artigo 153, e por pedimento conxunto das partes asinantes, sobre a base dunha decisión do Consello adoptada por proposta da Comisión. Informarase o Parlamento Europeo.

O Consello decidirá por unanimidade cando o acordo en cuestión conteña unha ou máis disposicións relativas a algún dos ámbitos para os cales se requira a unanimidade en virtude do número 2 do artigo 153.

Artigo 156 (antigo artigo 140 do TCE)

Co fin de alcanzar os obxectivos expostos no artigo 151, e sen prexuízo das demais disposicións dos Tratados, a Comisión fomentará a colaboración entre os Estados membros e facilitará a coordinación das súas accións nos ámbitos da política social tratados no presente capítulo, particularmente nas materias relacionadas:

- co emprego,
- co dereito do traballo e as condicións de traballo,
- coa formación e perfeccionamento profesionais,
- coa seguridade social,
- coa protección contra os accidentes de traballo e as enfermidades profesionais,
- coa hixiene do traballo,
- co dereito de sindicación e as negociacións colectivas entre empresarios e traballadores.

Para tal fin, a Comisión actuará en estreito contacto cos Estados membros, mediante estudos, ditames e a organización de consultas, tanto para os problemas que se presenten a nivel nacional como para aqueles que lles interesen ás organizacións internacionais, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientacións e indicadores, organizar o intercambio de mellores prácticas e preparar os elementos necesarios para o control e a avaliación periódicos. Informarase cumpridamente o Parlamento Europeo.

Antes de emitir os ditames previstos no presente artigo, a Comisión consultará o Comité Económico e Social.

Artigo 157 (antigo artigo 141 do TCE)

1. Cada Estado membro garantirá a aplicación do principio de igualdade de retribución

entre traballadores e traballadoras para un mesmo traballo ou para un traballo de igual valor.

2. Enténdese por retribución, a teor do presente artigo, o salario ou soldo normal de base ou mínimo, e calquera outra gratificación satisfeita, directa ou indirectamente, en diñeiro ou en especie, polo empresario ao traballador en razón da relación de traballo.

A igualdade de retribución, sen discriminación por razón de sexo, significa:

a) Que a retribución establecida para un mesmo traballo remunerado por unidade de obra realizada se fixa sobre a base dunha mesma unidade de medida.

b) Que a retribución establecida para un traballo remunerado por unidade de tempo é igual para un mesmo posto de traballo.

3. O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, adoptarán medidas para garantir a aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato para homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, incluído o principio de igualdade de retribución para un mesmo traballo ou para un traballo de igual valor.

4. Con obxecto de garantir na práctica a plena igualdade entre homes e mulleres na vida laboral, o principio de igualdade de trato non impedirá a ningún Estado membro manter ou adoptar medidas que ofrezan vantaxes concretas destinadas a facilitarlle ao sexo menos representado o exercicio de actividades profesionais ou a evitar ou compensar desvantaxes nas súas carreiras profesionais.

Artigo 158 (antigo artigo 142 do TCE)

Os Estados membros procurarán manter a equivalencia existente entre os réximes de vacacións retribuídas.

Artigo 159 (antigo artigo 143 do TCE)

A Comisión elaborará un informe anual sobre a evolución na consecución dos obxectivos do artigo 151, que incluírá a situación demográfica na Unión. A Comisión remitirá este informe ao Parlamento Europeo, ao Consello e ao Comité Económico e Social.

Artigo 160 (antigo artigo 144 do TCE)

O Consello, por maioría simple, logo de consulta ao Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar a cooperación en materia de protección social entre os Estados membros e coa Comisión. O Comité terá por misión:

- Supervisar a situación social e a evolución das políticas de protección social dos Estados membros e da Unión.
- Facilitar o intercambio de información, experiencias e boas prácticas entre os Estados membros e coa Comisión.
- Sen prexuízo do disposto no artigo 240, elaborar informes, emitir ditames ou emprender outras actividades nos ámbitos que sexan da súa competencia, xa sexa por pedimento do Consello ou da Comisión, xa por propia iniciativa.

Para levar a cabo o seu mandato, o Comité establecerá os contactos adecuados cos interlocutores sociais.

Cada un dos Estados membros e a Comisión designarán dous membros do Comité.

Artigo 161 (antigo artigo 145 do TCE)

A Comisión dedicará un capítulo especial do seu informe anual ao Parlamento Europeo á evolución da situación social na Unión.

O Parlamento Europeo poderá convidar a Comisión a elaborar informes sobre problemas particulares relativos á situación social.»

3. A LIBERDADE DE ESTABLECEMENTO E A LIBRE PRESTACIÓN DE SERVIZOS.

Sobre o dereito de establecemento, o capítulo 2 do título IV do TFUE (parte terceira) dispón:

«Artigo 49 (antigo artigo 43 do TCE)

No marco das disposicións seguintes, quedarán prohibidas as restricións á liberdade de establecemento dos nacionais dun Estado membro no territorio doutro Estado membro. Esta prohibición estenderase igualmente ás restricións relativas á apertura de axencias, sucursais ou filiais por parte dos nacionais dun Estado membro establecidos no territorio doutro Estado membro.

A liberdade de establecemento comprenderá o acceso ás actividades non asalariadas e o

seu exercicio, así como a constitución e xestión de empresas e, especialmente, de sociedades, tal como se definen no parágrafo segundo do artigo 54, nas condicións fixadas pola lexislación do país de establecemento para os seus propios nacionais, sen prexuízo das disposicións do capítulo relativo aos capitais.

Artigo 50 (antigo artigo 44 do TCE)

1. Para efectos de alcanzar a liberdade de establecemento nunha determinada actividade, o Parlamento Europeo e o Consello decidirán, mediante directivas, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social.

2. O Parlamento Europeo, o Consello e a Comisión exercerán as funcións que lles atribúen as disposicións precedentes, en particular:

a) Ocupándose, en xeral, con prioridade, das actividades nas cales a liberdade de establecemento contribúa de maneira especialmente útil ao desenvolvemento da produción e dos intercambios.

b) Asegurando unha estreita colaboración entre as administracións nacionais competentes co fin de coñecer as situacións particulares, dentro da Unión, das distintas actividades afectadas.

c) Eliminando aqueles procedementos e prácticas administrativos que resulten da lexislación nacional ou de acordos celebrados con anterioridade entre os Estados membros, cuxo mantemento supoña un obstáculo para a liberdade de establecemento.

d) Velando por que os traballadores asalariados dun dos Estados membros, empregados no territorio doutro Estado membro, poidan permanecer no dito territorio para emprender unha actividade non asalariada, cando cumpran as condicións que lles serían exixibles se entrasen no citado Estado no momento de querer iniciar a dita actividade.

e) Facendo posible a adquisición e o aproveitamento de propiedades inmobles situadas no territorio dun Estado membro por un nacional doutro Estado membro, na medida en que non se contraveñan os principios establecidos no número 2 do artigo 39.

f) Aplicando a supresión progresiva das restricións á liberdade de establecemento, en cada rama de actividade considerada, tanto no que respecta ás condicións de apertura, no territorio dun Estado membro, de axencias, sucursais ou filiais, como ás condicións de

admisión do persoal da sede central nos órganos de xestión ou de control daquelas.

g) Coordinando, na medida necesaria e con obxecto de facelas equivalentes, as garantías exixidas nos Estados membros ás sociedades definidas no parágrafo segundo do artigo 54, para protexer os intereses de socios e terceiros.

h) Asegurándose de que as condicións para o establecemento non resultan falseadas mediante axudas outorgadas polos Estados membros.

Artigo 51 (antigo artigo 45 do TCE)

As disposicións do presente capítulo non se aplicarán, no que respecta ao Estado membro interesado, ás actividades que, no dito Estado, estean relacionadas, aínda que só sexa de maneira ocasional, co exercicio do poder público.

O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario, poderán excluír determinadas actividades da aplicación das disposicións do presente capítulo.

Artigo 52 (antigo artigo 46 do TCE)

1. As disposicións deste capítulo e as medidas adoptadas en virtude delas non prexulgarán a aplicabilidade das disposicións legais, regulamentarias e administrativas que prevexan un réxime especial para os estranxeiros e que estean xustificadas por razóns de orde pública, seguridade e saúde públicas.

2. O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario, adoptarán directivas para a coordinación das mencionadas disposicións.

Artigo 53 (antigo artigo 47 do TCE)

1. Co fin de facilitar o acceso ás actividades non asalariadas e o seu exercicio, o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario, adoptarán directivas para o recoñecemento mutuo de diplomas, certificados e outros títulos, así como para a coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos Estados membros relativas ao acceso ás actividades por conta propia e o seu exercicio.

2. En canto ás profesións médicas, paramédicas e farmacéuticas, a progresiva supresión

das restricións quedará subordinada á coordinación das condicións exixidas para o seu exercicio nos diferentes Estados membros.

Artigo 54 (antigo artigo 48 do TCE)

As sociedades constituídas de conformidade coa lexislación dun Estado membro e cuxa sede social, administración central ou centro de actividade principal se encontre dentro da Unión quedarán equiparadas, para efectos de aplicación das disposicións do presente capítulo, ás persoas físicas nacionais dos Estados membros.

Por sociedades enténdense as sociedades de dereito civil ou mercantil, mesmo as sociedades cooperativas, e as demais persoas xurídicas de dereito público ou privado, con excepción das que non persigan un fin lucrativo.

Artigo 55 (antigo artigo 294 do TCE)

Os Estados membros aplicarán aos nacionais dos demais Estados membros o trato de nacional no que respecta á súa participación financeira no capital das sociedades definidas no artigo 54, sen prexuízo da aplicación das restantes disposicións dos tratados.»

Sobre a libre prestación de servizos, prescribe o subseguinte capítulo 3:

«Artigo 56 (antigo artigo 49 do TCE)

No marco das disposicións seguintes, quedarán prohibidas as restricións á libre prestación de servizos dentro da Unión para os nacionais dos Estados membros establecidos nun Estado membro que non sexa o do destinatario da prestación.

O Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento legislativo ordinario, poderán estender o beneficio das disposicións do presente capítulo aos prestadores de servizos que sexan nacionais dun terceiro Estado e estean establecidos dentro da Unión.

Artigo 57 (antigo artigo 50 do TCE)

De acordo cos Tratados, consideraranse como servizos as prestacións realizadas normalmente a cambio dunha remuneración, na medida en que non se rexan polas disposicións relativas á libre circulación de mercadorías, capitais e persoas.

Os servizos comprenderán, en particular:

a) actividades de carácter industrial;

- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanais;
- d) actividades propias das profesións liberais.

Sen prexuízo das disposicións do capítulo relativo ao dereito de establecemento, o prestador dun servizo poderá, con obxecto de realizar a dita prestación, exercer temporalmente a súa actividade no Estado membro onde se leve a cabo a prestación, nas mesmas condicións que lles impoña ese Estado aos seus propios nacionais.

Artigo 58 (antigo artigo 51 do TCE)

1. A libre prestación de servizos, en materia de transportes, rexerase polas disposicións do título relativo aos transportes.
2. A liberalización dos servizos bancarios e de seguros vinculados aos movementos de capitais realizarase en harmonía coa liberalización da circulación de capitais.

Artigo 59 (antigo artigo 52 do TCE)

1. Para efectos de alcanzar a liberalización dun servizo determinado, o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, decidirán mediante directivas.
2. As directivas previstas no número 1 referiranse, en xeral, con prioridade, aos servizos que inflúan de forma directa nos custos de produción ou cuxa liberalización contribúa a facilitar os intercambios de mercadorías.

Artigo 60 (antigo artigo 53 do TCE)

Os Estados membros esforzaranse por proceder a unha liberalización dos servizos máis ampla que a exixida en virtude das directivas adoptadas en aplicación do número 1 do artigo 59, se a súa situación económica xeral e a do sector afectado llo permiten.

A Comisión dirixirá, para este fin, recomendacións aos Estados membros interesados.

Artigo 61 (antigo artigo 54 do TCE)

Mentres non se supriman as restricións á libre prestación de servizos, cada un dos Estados membros aplicará tales restricións, sen distinción de nacionalidade ou residencia, a todos os prestadores de servizos a que se refire o parágrafo primeiro do artigo 56.

Artigo 62 (antigo artigo 55 do TCE)

As disposicións dos artigos 51 a 54, ambos incluídos, serán aplicables ás materias reguladas polo presente capítulo.»

En canto ás liberdades de establecemento e de prestación de servizos, é imprescindible recordar a transcendencia de dúas directivas principais:

* Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 7 de setembro de 2005, relativa ao recoñecemento de cualificacións profesionais (DOUE L 255, do 30.9.2005).

* Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006 , relativa aos servizos no mercado interior (DOUE L 376, do 27.12.2006).

Esta última foi trasposta en Galicia pola Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de modificación de diversas leis de Galicia para a súa adaptación á Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior (DOG nº 36, do 23.2.2010). Ademais, cabe subliñar a existencia das seguintes normas adicionais de transposición:

- Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio (BOE nº 283, do 24.11.2009).

- 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 (BOE nº 308, do 23.12.2009).

- Lei 7/2009, do 22 de decembro, de modificación da Lei 10/1988, do 20 de xullo, de ordenación do comercio interior de Galicia (DOG nº 251, do 28.12.2009). Hoxe derogadas pola Lei 13/2010, do 17 de decembro, de comercio interior de Galicia (DOG nº 249, do 29.12.2010).

- Lei 1/2010, do 1 de marzo, de reforma da Lei 7/1996, do 15 de xaneiro, de ordenación do comercio retalista (BOE nº 53, do 2.3.2010).

4. A LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITAIS.

En canto á libre circulación de capitais, di o capítulo 4 (Capital e pagamentos) do título IV da parte terceira do TFUE:

« Artigo 63 (antigo artigo 56 do TCE)

1. No marco das disposicións do presente capítulo, quedan prohibidas todas as restricións aos movementos de capitais entre Estados membros e entre Estados membros e terceiros países.
2. No marco das disposicións do presente capítulo, queda prohibida calquera restrición sobre os pagamentos entre Estados membros e entre Estados membros e terceiros países.

Artigo 64 (antigo artigo 57 do TCE)

1. O disposto no artigo 63 entenderase sen prexuízo da aplicación a terceiros países das restricións que existan o 31 de decembro de 1993 de conformidade co dereito nacional ou co dereito da Unión en materia de movementos de capitais, con destino a terceiros países ou procedentes deles, que supoñan investimentos directos, incluídos os inmobiliarios, o establecemento, a prestación de servizos financeiros ou a admisión de valores nos mercados de capitais. Respecto das restricións existentes en virtude da lexislación nacional en Bulgaria, Estonia e Hungría, a data aplicable será o 31 de decembro de 1999.
2. Aínda que procurando alcanzar o obxectivo da libre circulación de capitais entre Estados membros e terceiros países no maior grao posible, e sen prexuízo do disposto nos demais capítulos dos Tratados, o Parlamento Europeo e o Consello, de acordo co procedemento lexislativo ordinario, adoptarán medidas relativas aos movementos de capitais, con destino a terceiros países ou procedentes deles, que supoñan investimentos directos, incluídos os inmobiliarios, o establecemento, a prestación de servizos financeiros ou a admisión de valores nos mercados de capitais.
3. Non obstante o disposto no número 2, só o Consello, de acordo cun procedemento lexislativo especial, por unanimidade e logo de consulta ao Parlamento Europeo, poderá establecer medidas que supoñan un retroceso no dereito da Unión respecto da liberalización dos movementos de capitais con destino a terceiros países ou procedentes deles.

Artigo 65 (antigo artigo 58 do TCE)

1. O disposto no artigo 63 aplicarase sen prexuízo do dereito dos Estados membros a:
 - a) Aplicar as disposicións pertinentes do seu dereito fiscal que distingan entre

contribuíntes cuxa situación difira con respecto ao seu lugar de residencia ou con respecto aos lugares onde estea investido o seu capital.

b) Adoptar as medidas necesarias para impedir as infraccións ao seu dereito e normativas nacionais, en particular en materia fiscal e de supervisión prudencial de entidades financeiras, establecer procedementos de declaración de movementos de capitais para efectos de información administrativa ou estatística ou tomar medidas xustificadas por razóns de orde pública ou de seguridade pública.

2. As disposicións do presente capítulo non serán obstáculo para a aplicación de restricións do dereito de establecemento compatibles cos Tratados.

3. As medidas e os procedementos a que se fai referencia nos números 1 e 2 non deberán constituír nin un medio de discriminación arbitraria nin unha restrición encuberta da libre circulación de capitais e pagamentos tal e como a define o artigo 63.

4. Na falta de medidas de aplicación do número 3 do artigo 64, a Comisión ou, na falta dunha decisión da Comisión dentro dun período de tres meses a partir da solicitude do Estado membro interesado, o Consello, poderá adoptar unha decisión que declare que as medidas fiscais restritivas adoptadas por un Estado membro con respecto a un ou varios terceiros países deben considerarse compatibles cos Tratados na medida en que as xustifique un dos obxectivos da Unión e sexan compatibles co correcto funcionamento do mercado interior. O Consello pronunciarase por unanimidade por instancia dun Estado membro.

Artigo 66 (antigo artigo 59 do TCE)

Cando en circunstancias excepcionais os movementos de capitais con destino a terceiros países ou procedentes deles causen, ou ameacen con causar, dificultades graves para o funcionamento da unión económica e monetaria, o Consello, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Banco Central Europeo, poderá adoptar respecto a terceiros países, por un prazo que non sexa superior a seis meses, as medidas de salvagarda estritamente necesarias.»

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LICENCIADO EN CC. POLÍTICAS E DA ADMINISTRACIÓN
(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS INTERNACIONAIS*).

LICENCIADO EN CIENCIAS ECONÓMICAS

LICENCIADO EN DEREITO

REVISADO POR ISABEL TORRALBA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

- Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010.
- *Del artículo 8 do Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Miguel J. Agudo Zamora.

TEMA 7.

A POLÍTICA REXIONAL DA UNIÓN EUROPEA. OS FONDOS ESTRUTURAIS. A COHESIÓN ECONÓMICA E SOCIAL.

TEMA 7. A POLÍTICA REXIONAL DA UNIÓN EUROPEA. OS FONDOS ESTRUTURAIS. A COHESIÓN ECONÓMICA E SOCIAL.

1. A POLÍTICA REXIONAL DA UNIÓN EUROPEA.

A política rexional da Unión Europea favorece a redución das diferenzas estruturais entre as rexións da Unión, o desenvolvemento equilibrado do territorio comunitario e a igualdade de oportunidades entre os europeos. Fundada sobre os conceptos de solidariedade e cohesión económica, esta política pública materialízase a través de diversas intervencións financeiras, en particular as dos Fondos Estruturais e o Fondo de Cohesión. En 1986, a Acta Única Europea introduciu o obxectivo da cohesión económica e social. Finalmente, o Tratado de Maastricht (1992) incorporou esa política ao Tratado CE (artigos 158 a 162).

Na actualidade, débese considerar á luz do título XVIII (cohesión económica, social e territorial), da parte terceira do TFUE:

«Artigo 174.

Co fin de promover un desenvolvemento harmonioso do conxunto da Unión, esta desenvolverá e proseguirá a súa acción encamiñada a reforzar a súa cohesión económica, social e territorial.

A Unión propondrá, en particular, reducir as diferenzas entre os niveis de desenvolvemento das diversas rexións e o atraso das rexións menos favorecidas.

Entre as rexións afectadas prestarase especial atención ás zonas rurais, ás zonas afectadas por unha transición industrial e ás rexións que padecen desvantaxes naturais ou demográficas graves e permanentes como, por exemplo, as rexións máis setentrionais cunha escasa densidade de poboación e as rexións insulares, transfronteirizas e de montaña.

Artigo 175.

Os Estados membros conducirán a súa política económica e coordinarana co fin de acadar tamén os obxectivos enunciados no artigo 174. Ao formular e desenvolver as políticas e

accións da Unión e ao desenvolver o mercado interior, teranse en conta os obxectivos enunciados no artigo 174, participando na súa consecución. A Unión apoiará, así mesmo, a dita consecución a través da actuación que realiza mediante os fondos con finalidade estrutural (Fondo Europeo de Orientación e de Garantía Agrícola, sección «Orientación»; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional), o Banco Europeo de Investimentos e os outros instrumentos financeiros existentes.

Cada tres anos, a Comisión presentará un informe ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións sobre os avances realizados na consecución da cohesión económica, social e territorial e sobre a forma en que os distintos medios establecidos no presente artigo contribuíron a eles. En caso necesario, o dito informe deberá ir acompañado de propostas adecuadas.

Se se manifestar a necesidade de accións específicas á marxe dos fondos e sen prexuízo das medidas decididas no marco das demais políticas da Unión, o Parlamento Europeo e o Consello poderán adoptar as ditas accións conforme o procedemento legislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.

Artigo 176.

O Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional estará destinado a contribuír á corrección dos principais desequilibrios rexionais dentro da Unión mediante unha participación no desenvolvemento e no axuste estrutural das rexións menos desenvolvidas e na reconversión das rexións industriais en declive.

Artigo 177.

Sen prexuízo do establecido no artigo 178, o Parlamento Europeo e o Consello, mediante regulamentos adoptados conforme o procedemento legislativo ordinario, e tras consultar o Comité Económico e Social e o Comité das Rexións, determinarán as funcións, os obxectivos prioritarios e a organización dos fondos con finalidade estrutural, o que poderá supor a agrupación dos fondos. Mediante o mesmo procedemento, determinaranse, así mesmo, as normas xerais aplicables aos fondos, así como as disposicións necesarias para garantir a súa eficacia e a coordinación dos fondos entre si e cos demais instrumentos

financeiros existentes.

Un Fondo de Cohesión, creado conforme o mesmo procedemento, proporcionará unha contribución financeira a proxectos nos sectores do ambiente e das redes transeuropeas en materia de infraestruturas do transporte.

Artigo 178.

Os regulamentos de aplicación relativos ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional serán tomados polo Parlamento Europeo e polo Consello conforme o procedemento legislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións.

En canto ao Fondo Europeo de Orientación e de Garantía Agrícola, sección «Orientación», e ao Fondo Social Europeo, seguirán sendo aplicables, respectivamente, as disposicións dos artigos 43 e 164.»

Por conseguinte, a conexión entre a política rexional comunitaria e a cohesión económica, social e territorial, resulta evidente.

2. OS FONDOS ESTRUTURAIS.

Os cinco Fondos Estruturais e de Investimento da UE son os seguintes ("Fondos Estruturais e de Investimento Europeos", ou "Fondos EIE"):

- Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (Feder)
- Fondo Social Europeo (FSE)
- Fondo de Cohesión
- Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural (Feader)
- Fondo Europeo Marítimo e de Pesca (FEMP)

Na programación destes fondos para o período 2014-2020, teñen por finalidade establecer unha articulación clara coa Estratexia Europa 2020, mellorar a coordinación, garantir unha aplicación coherente e facilitar ao máximo o acceso aos fondos por parte dos beneficiarios.

Os países da UE administran os fondos de forma descentralizada en réxime de xestión compartida. Neste período 2014-2020 España non percibe Fondo de Cohesión.

As normas aplicables por igual aos cinco Fondos Estruturais e de Investimento da UE establécense no Regulamento sobre disposicións comúns, sen prexuízo da existencia de normas específicas para cada fondo: o Regulamento (UE) nº 1303/2013, do 17 de decembro, polo que se establecen disposicións comúns relativas ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional, ao Fondo Social Europeo, ao Fondo de Cohesión, ao Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural e ao Fondo Europeo Marítimo e da Pesca, e polo que se establecen disposicións xerais relativas ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional, ao Fondo Social Europeo, ao Fondo de Cohesión e ao Fondo Europeo Marítimo e da Pesca, e se derroga o Regulamento (CE) núm. 1083/2006 do Consello.

De acordo co artigo 1 (Obxecto) do Regulamento (UE) nº 1303/2013, do 17 de decembro:

“O presente regulamento establece as normas comúns aplicables ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (Feder), ao Fondo Social Europeo (FSE), ao Fondo de Cohesión, ao Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural (Feader) e ao Fondo Europeo Marítimo e da Pesca (FEMP), que funcionan de conformidade cun marco común (no sucesivo, «Fondos Estruturais de Investimentos Europeos» – «Fondos EIE»). Define, así mesmo, as disposicións necesarias para garantir a eficacia dos Fondos EIE e a súa coordinación entre eles e con outros instrumentos da Unión. As normas comúns aplicables aos Fondos EIE establécense na segunda parte.

A terceira parte establece as normas xerais que rexen o Feder, o FSE (denominados conxuntamente «Fondos Estruturais») e o Fondo de Cohesión en relación coas tarefas, os obxectivos prioritarios e a organización dos Fondos Estruturais e o Fondo de Cohesión (no sucesivo, os «Fondos»), os criterios que deben cumprir os Estados membros e as rexións para optar á axuda dos Fondos, os recursos financeiros dispoñibles e os criterios para a súa asignación.

A cuarta parte establece as normas xerais aplicables aos Fondos e ao FEMP en materia de xestión e control, xestión financeira, contas e correccións financeiras.

As normas establecidas neste regulamento aplicaranse sen prexuízo do disposto no Regulamento (UE) nº 1306/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, e das disposicións específicas dos seguintes regulamentos (no sucesivo, «Regulamentos específicos relativos aos Fondos»), de conformidade co parágrafo quinto do presente artigo:

- 1) Regulamento (UE) nº 1301/2013 («Regulamento do Feder»).*
- 2) Regulamento (UE) nº 1304/2013 («Regulamento do FSE»).*
- 3) Regulamento (UE) nº 1300/2013 («Regulamento do FC»).*
- 4) Regulamento (UE) nº 1299/2013 («Regulamento da CTE»).*
- 5) Regulamento (UE) nº 1305/2013 («Regulamento do Feader»).*
- 6) Un futuro acto xurídico da Unión que estableza as condicións da axuda financeira á política marítima e pesqueira para o período 2014 – 2020 («Regulamento do FEMP»).*

A segunda parte do presente regulamento aplicarase a todos os Fondos EIE, a menos que expresamente se establezan excepcións. A terceira e cuarta do presente regulamento establecerá normas complementarias á segunda parte que se apliquen aos Fondos, e aos Fondos e a FEMP, respectivamente, e poderán permitir expresamente excepcións nos Regulamentos específicos relativos aos Fondos de que se trate. Os regulamentos específicos relativos aos Fondos poderán establecer normas complementarias á segunda parte do presente regulamento para os Fondos EIE, á terceira parte do presente regulamento para os Fondos e á cuarta parte do presente regulamento para os Fondos e o FEMP. As normas complementarias dos Regulamentos específicos relativos aos Fondos non estarán en contradición coa segunda, terceira ou cuarta parte do presente regulamento. En caso de dúbida respecto á aplicación entre disposicións, a segunda parte do presente regulamento prevalecerá sobre as normas específicas relativas aos Fondos, e a segunda, terceira e cuarta parte do presente regulamento prevalecerá sobre os Regulamentos específicos relativos aos Fondos”.

O artigo 4 do regulamento común, Regulamento (UE) nº 1303/2013, do 17 de decembro, establece os principios xerais comúns aos Fondos Estruturais e de Investimento:

"1. Os Fondos EIE proporcionarán unha axuda, a través de programas plurianuais, que complementará as intervencións nacionais, rexionais e locais, co fin de cumprir a estratexia da Unión para un **crecemento intelixente, sustentable e integrador, así como a través das misións específicas dos Fondos conforme os seus obxectivos baseados nos Tratados, incluída a cohesión económica, social e territorial**, tendo en conta as directrices integradas de Europa 2020 e recomendacións específicas por país pertinentes adoptadas conforme o artigo 121, número 2, do TFUE, así como as recomendacións pertinentes do Consello adoptadas conforme o artigo 148, número 4, do TFUE e, de ser o caso, a nivel nacional, o programa nacional de reforma.

2. A Comisión e os Estados membros, tendo en conta o contexto específico de cada Estado membro, velarán por que a axuda dos Fondos EIE sexa **coherente** coas correspondentes políticas, principios horizontais a que se refiren os artigos 5, 7 e 8 e prioridades da Unión e por que sexa **complementaria** con respecto a outros instrumentos da Unión.

3. A axuda dos Fondos EIE aplicaráse en estreita colaboración entre a Comisión e os Estados membros, de conformidade co **principio de subsidiariedade**.

4. Os **Estados membros**, ao nivel territorial apropiado, de conformidade co seu marco institucional, xurídico e financeiro, e os organismos por eles designados para o efecto **serán responsables de elaborar e executar os programas e realizar as tarefas**, en colaboración cos socios pertinentes a que se refire o artigo 5, de conformidade co disposto no presente regulamento e nas normas específicas dos Fondos.

5. As medidas tomadas para a execución e utilización dos Fondos EIE e, en particular, os recursos financeiros e administrativos necesarios para a preparación e execución de programas, en relación co seguimento, os informes, a avaliación, a xestión e o control respectarán o **principio de proporcionalidade**, tendo en conta o nivel da axuda asignada, e terán en conta o obxectivo xeral de reducir a carga administrativa para os organismos que participan na xestión e no control dos programas.

6. De acordo coas súas respectivas responsabilidades, a Comisión e os Estados membros garantirán a **coordinación entre os Fondos EIE e entre estes e outros**

instrumentos, estratexias e políticas pertinentes da Unión, incluídos os enmarcados na acción exterior da Unión.

7. A parte do orzamento da Unión asignada aos Fondos EIE executarase no marco da xestión compartida entre os Estados membros e a Comisión, segundo o disposto no artigo 59 do Regulamento financeiro, coa excepción do importe da axuda do Fondo de Cohesión transferido ao mecanismo «Conectar Europa» ao cal se refire o artigo 92, número 6, do presente regulamento, as accións innovadoras por iniciativa da Comisión conforme o artigo 8 do Regulamento do Feder, a asistencia técnica por iniciativa da Comisión e a axuda á xestión directa en virtude do Regulamento FEMP.

*8. A Comisión e os Estados membros aplicarán o **principio de boa xestión financeira** de conformidade co artigo 30 do Regulamento financeiro.*

*9. A Comisión e os Estados membros velarán pola **eficacia dos Fondos EIE** durante a preparación e execución, en relación co seguimento, os informes e a avaliación.*

*10. A Comisión e os Estados membros desempeñarán os seus respectivos papeis en relación cos Fondos EIE coa **finalidade de reducir a carga administrativa para os beneficiarios**’.*

En consecuencia, os principios xerais polos cales se rexen os Fondos Estruturais e de Investimento son os seguintes:

- Finalidade principal: crecemento intelixente, sustentable e integrador, así como as misións específicas dos Fondos conforme os seus obxectivos baseados nos Tratados, incluíndo a cohesión económica, social e territorial.
- Obxectivos instrumentais: 1) Eficacia dos Fondos EIE; 2) Redución da carga administrativa para os beneficiarios.
- Coherencia, complementariedade e coordinación da axuda dos Fondos EIE coas correspondentes políticas, principios horizontais e prioridades da Unión.
- Principio de subsidiariedade.

- Responsabilidade dos Estados membros de elaborar e executar os programas e realizar as tarefas dos Fondos.
- Principio de proporcionalidade na adopción de medidas para a execución e utilización dos Fondos EIE.
- Execución do orzamento da Unión asignado aos Fondos EIE no marco da xestión compartida entre os Estados membros e a Comisión.
- Principio de boa xestión financeira de conformidade.

Adicionalmente, o regulamento común establece os seguintes principios comúns básicos aplicables:

- Partindo dun enfoque de gobernanza en varios niveis, “para o acordo de asociación e para cada programa, cada Estado membro organizará, de conformidade co seu marco institucional e xurídico, unha asociación coas autoridades locais e rexionais competentes” (artigo 5).
- Artigo 6 (Cumprimento do dereito da Unión e nacional): *“As operacións apoiadas polos Fondos do EIE cumprirán o dereito da Unión aplicable e o dereito nacional relativo á súa aplicación («dereito aplicable»).”*
- Artigo 7 (Promoción da igualdade entre homes e mulleres e non discriminación): *“Os Estados membros e a Comisión velarán por que se teñan en conta e se promovan a igualdade entre homes e mulleres e a integración da perspectiva de xénero ao longo da preparación e a execución dos programas, entre o que se inclúe o que se refire ao seguimento, á presentación de informes e á avaliación.*

Os Estados membros e a Comisión tomarán as medidas oportunas para evitar calquera discriminación por razón de sexo, raza ou orixe étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual durante a preparación e execución dos programas. En particular, durante a preparación e aplicación dos programas terase en conta a accesibilidade para as persoas con discapacidade”.

- Artigo 8 (Desenvolvemento sustentable): *“Os obxectivos dos Fondos EIE*

perseguiranse de conformidade co principio de desenvolvemento sustentable e co fomento por parte da Unión do obxectivo de conservación, protección e mellora da calidade do ambiente, tal como se recolle no artigo 11 e no artigo 191, apartado 1, do TFUE, tendo en conta o principio de que «quen contamina paga».

Os Estados membros e a Comisión velarán por que na preparación e na execución dos acordos de asociación e dos programas se promovan os requisitos de protección ambiental, a eficiencia dos recursos, a mitigación do cambio climático e a adaptación a este, a biodiversidade, a capacidade de adaptación fronte aos desastres e a prevención e xestión de riscos”.

- *Artigo 9 (Obxectivos temáticos): “Co fin de contribuír á estratexia da Unión para un crecemento intelixente, sustentable e integrador, así como ás misións específicas dos Fondos conforme os seus obxectivos baseados no Tratado, incluída a cohesión económica, social e territorial, os Fondos EIE apoiarán os seguintes obxectivos temáticos:*

1) Potenciar a investigación, o desenvolvemento tecnolóxico e a innovación.

2) Mellorar o uso e a calidade das tecnoloxías da información e da comunicación e o acceso a estas.

3) Mellorar a competitividade das pemes, do sector agrícola (no caso do Feader) e do sector da pesca e da acuicultura (no caso do FEMP).

4) Favorecer a transición a unha economía baixa en carbono en todos os sectores.

5) Promover a adaptación ao cambio climático e a prevención e xestión de riscos.

6) Conservar e protexer o ambiente e promover a eficiencia dos recursos.

7) Promover o transporte sustentable e eliminar os estrangulamentos nas infraestruturas de rede fundamentais.

8) Promover a sustentabilidade e a calidade no emprego e favorecer a mobilidade laboral.

9) Promover a inclusión social e loitar contra a pobreza e contra calquera forma de discriminación.

10) Investir en educación, formación e formación profesional para a adquisición de capacidades e unha aprendizaxe permanente.

11) Mellorar a capacidade institucional das autoridades públicas e das partes interesadas e a eficiencia da Administración pública.

Os obxectivos temáticos traduciranse en prioridades específicas de cada Fondo EIE fixadas nas normas específicas dos Fondos”.

- Artigo 10. (Marco estratéxico común): “1. *Co fin de favorecer un desenvolvemento harmonioso, equilibrado e sustentable da Unión, establécese un marco estratéxico común (no sucesivo, «MEC»), tal como se define no anexo I. O MEC establece uns principios reitores estratéxicos para facilitar o proceso de programación e a coordinación sectorial e territorial da intervención da Unión con cargo aos Fondos EIE e con outros instrumentos e políticas europeos pertinentes en consonancia coas metas e os obxectivos da Estratexia da Unión para un crecemento intelixente, sustentable e integrador, tendo en conta os retos territoriais clave para distintos tipos de territorios.*

2. Os principios reitores estratéxicos fixados no MEC estableceranse en consonancia coa finalidade e o ámbito de aplicación da axuda ofrecida por cada Fondo EIE, e coas normas que rexen o funcionamento de cada Fondo EIE, como se definen neste regulamento e nas normas específicas dos Fondos. O MEC tampouco imporá novas obrigas aos Estados membros distintas das establecidas no marco das correspondentes políticas sectoriais da Unión.

3. O MEC facilitará a preparación do acordo de asociación e os programas conforme os principios de proporcionalidade e subsidiariedade, e tendo en conta as competencias nacionais e rexionais para decidir sobre a política específica e adecuada e as medidas de coordinación.”

3. A COHESIÓN ECONÓMICA E SOCIAL.

O título XVIII da parte terceira do TFUE sitúa de forma conxunta as tres expresións comunitarias da cohesión: económica, social e territorial. Non obstante, de ter que se salientar os trazos diferenciados da cohesión económica e da cohesión social na Unión, sería aconsellable tomar en consideración os títulos VIII «Política económica e monetaria» e X «Política social» da mesma parte terceira do TFUE.

Así, o artigo 119 do TFUE determina ao presentar a política económica:

«Artigo 119 (antigo artigo 4 do TCE)

1. Para acadar os fins enunciados no artigo 3 do Tratado da Unión Europea, a acción dos Estados membros e da Unión incluírá, nas condicións previstas nos Tratados, a adopción dunha política económica que se baseará na estreita coordinación das políticas económicas dos Estados membros, no mercado interior e na definición de obxectivos comúns e que se levará a cabo de conformidade co respecto ao principio dunha economía de mercado aberta e de libre competencia.
2. Paralelamente, nas condicións e segundo os procedementos previstos nos Tratados, a dita acción suporá unha moeda única, o euro, a definición e a aplicación dunha política monetaria e de tipos de cambio única cuxo obxectivo primordial sexa manter a estabilidade de prezos e, sen prexuízo o dito obxectivo, o apoio á política económica xeral da Unión, de conformidade cos principios dunha economía de mercado aberta e de libre competencia.
3. As ditas accións dos Estados membros e da Unión implican o respecto dos seguintes principios reitores: prezos estables, finanzas públicas e condicións monetarias sólidas e balanza de pagamentos estable.»

E o artigo 3.3 do TUE dispón:

«Artigo 3 (antigo artigo 2 do TUE).

(...) 3. A Unión establecerá un mercado interior. Obrará a prol do desenvolvemento sustentable de Europa baseado nun crecemento económico equilibrado e na estabilidade

dos prezos, nunha economía social de mercado altamente competitiva, tendente ao pleno emprego e ao progreso social, e nun nivel elevado de protección e mellora da calidade do ambiente. Así mesmo, promoverá o progreso científico e técnico.

A Unión combaterá a exclusión social e a discriminación e fomentará a xustiza e a protección sociais, a igualdade entre mulleres e homes, a solidariedade entre as xeracións e a protección dos dereitos do neno.

A Unión fomentará a cohesión económica, social e territorial e a solidariedade entre os Estados membros. (...)»

A cohesión económica posúe unha ferramenta adicional no Fondo de Cohesión, que se rexe, ademais de polo Regulamento (UE) 1303/2013, do 17 de decembro, común para os Fondos Estruturais e de Investimento, polo seu regulamento específico: o Regulamento (UE) 1300/2013, do 17 de decembro.

O punto de partida para o estudo do Fondo de Cohesión debe ser, ademais do artigo 174 do TFUE, o artigo 89 do Regulamento común 1303/2013, que establece a misión e os obxectivos comúns dos Fondos Feder, FSE e Fondos de Cohesión, e a cuxo teor:

"1. Os Fondos contribuirán a desenvolver e realizar as accións da Unión que permitan reforzar a súa cohesión económica, social e territorial, de conformidade co artigo 174 do TFUE.

As accións apoiadas polos Fondos tamén contribuirán á realización da estratexia da Unión para un crecemento intelixente, sustentable e integrador.

2. Para efectos da misión a que se refire o número 1, perseguiranse os seguintes obxectivos:

a) Investimento en crecemento e emprego nos Estados membros e as rexións, co apoio dos Fondos.

b) Cooperación territorial europea, co apoio do Feder."

Concretando ese marco común, o Regulamento (UE) 1300/2013, específico do Fondo de

Cohesión, afirma que *"o Fondo de Cohesión que se establece en virtude do presente regulamento debe proporcionar unha contribución financeira a proxectos nos ámbitos de ambiente e redes transeuropeas no sector das infraestruturas de transportes"* (considerando 1). Así, de acordo co artigo 1 do Regulamento (UE) 1300/2013 (establecemento e obxecto do Fondo de Cohesión):

"1. Establécese un Fondo de Cohesión co obxectivo de reforzar a cohesión económica, social e territorial da Unión a prol do fomento dun desenvolvemento sustentable.

2. Este regulamento establece as tarefas do Fondo de Cohesión e o alcance da súa axuda con respecto ao obxectivo de investimento en crecemento e emprego mencionado no artigo 89 do Regulamento (UE) nº 1303 /2013."

Os seguintes preceptos do Regulamento (UE) 1300/2013 determinan o ámbito de aplicación da axuda do Fondo de Cohesión, as axudas do Fondo de Cohesión aos proxectos de infraestruturas de transporte no marco do mecanismo «Conectar Europa» e as prioridades de investimento nos seguintes termos:

- Artigo 2. Ámbito de aplicación da axuda do Fondo de Cohesión

"1. O Fondo de Cohesión, garantindo un equilibrio adecuado, e conforme as necesidades específicas de investimento e de infraestruturas de cada Estado membro, concederá axudas:

a) Aos investimentos en ambiente, incluídos os ámbitos relacionados co desenvolvemento sustentable e a enerxía que presenten beneficios para o ambiente.

b) Ás RTE-T, de conformidade coas orientacións adoptadas mediante o Regulamento (UE) nº 1315/2013.

c) Á asistencia técnica.

2. O Fondo de Cohesión non concederá axudas:

a) Ao desmantelamento ou a construción de centrais nucleares.

b) Aos investimentos destinados a lograr a redución das emisións de gases de efecto

invernadoiro procedentes das actividades recollidas no anexo I da Directiva 2003/87/CE.

c) Ao investimento en vivenda, salvo para a promoción da eficiencia enerxética e o uso das enerxías renovables.

d) Á fabricación, transformación e comercialización de tabaco e produtos do tabaco.

e) Ás empresas en dificultades, segundo a definición das normas da Unión sobre axudas de Estado.

f) Ao investimento en infraestruturas aeroportuarias excepto se están relacionadas coa protección do ambiente ou van acompañadas dos investimentos necesarios para mitigar ou reducir o seu impacto negativo no ambiente."

- Artigo 3. Axudas do Fondo de Cohesión aos proxectos de infraestruturas de transporte no marco do mecanismo «Conectar Europa»

"O Fondo de Cohesión concederá axudas aos proxectos de infraestruturas de transporte que presenten un valor engadido europeo, previstos no Regulamento (UE) nº 1316/2013 por un importe de 10 000 000 000 euros, de conformidade co artigo 92, número 6, do Regulamento (UE) nº 1303/2013."

- Artigo 4. Prioridades de investimento

"O Fondo de Cohesión contribuirá ás seguintes prioridades de investimento no marco dos obxectivos temáticos recollidos no artigo 9, parágrafo primeiro, do Regulamento (UE) nº 1303/2013, en función das necesidades de desenvolvemento e o potencial de crecemento mencionadas no artigo 15, número 1, letra a), inciso i), do dito regulamento e establecidas no acordo de colaboración:

a) Favorecer o paso a unha economía de baixo nivel de emisión de carbono en todos os sectores mediante:

- i) O fomento da produción e distribución de enerxía derivada de fontes renovables.*
- ii) O fomento da eficiencia enerxética e o uso de enerxías renovables nas empresas.*

iii) O apoio da eficiencia enerxética, da xestión intelixente da enerxía e do uso de enerxías renovables nas infraestruturas públicas, incluídos os edificios públicos e o sector da vivenda.

iv) O desenvolvemento e a aplicación de sistemas de distribución intelixentes as redes que operen con baixa e media tensión.

v) O fomento de estratexias de redución do carbono para todo tipo de territorio, especialmente as zonas urbanas, incluído o fomento da mobilidade urbana multimodal sustentable e as medidas de adaptación con efecto de mitigación.

vi) O fomento da utilización de coxeración de calor e enerxía de alta eficiencia, baseada na demanda de calor útil.

b) Promover a adaptación ao cambio climático e a prevención e xestión de riscos, mediante:

i) O apoio ao investimento destinado á adaptación ao cambio climático, incluídas propostas baseadas nos ecosistemas.

ii) O fomento do investimento para facer fronte a riscos específicos, garantindo unha resiliencia fronte ás catástrofes e desenvolvendo sistemas de xestión de catástrofes.

c) Conservar e protexer o ambiente e promover a eficiencia dos recursos mediante:

i) O investimento no sector dos residuos para cumprir os requisitos do acervo da Unión en materia de ambiente e para dar resposta ás necesidades, identificadas polos Estados membros, dun investimento que vaia máis alá dos ditos requisitos.

ii) O investimento no sector da auga para cumprir os requisitos do acervo da Unión en materia de ambiente e para abordar e dar resposta ás necesidades, identificadas polos Estados membros, dun investimento que vaia máis alá dos ditos requisitos.

iii) A protección e o restablecemento da biodiversidade e do solo e o fomento dos servizos dos ecosistemas, incluso a través de Natura 2000 de infraestruturas ecolóxicas.

iv) Accións dirixidas a mellorar o contorno urbano, revitalizar as cidades, rehabilitar

e descontaminar vellas zonas industriais (incluídas zonas de reconversión), reducir a contaminación atmosférica e promover medidas de redución do ruído.

d) Promover o transporte sustentable e eliminar os obstáculos nas infraestruturas de rede fundamentais, mediante:

i) O apoio a un espazo único europeo de transporte multimodal, investindo na RTE-T.

ii) O desenvolvemento e a mellora de sistemas de transporte respectuosos co ambiente (incluída a redución do ruído) e de baixo nivel de emisión de carbono, entre os que se inclúen as vías navegables interiores e o transporte marítimo, os portos, os enlaces multimodais e as infraestruturas aeroportuarias, co fin de fomentar unha mobilidade rexional e local sustentable.

iii) A concepción e a rehabilitación dunha rede ferroviaria global, de alta calidade e interoperable, e a promoción de medidas de redución do ruído.

e) Mellorar a capacidade institucional da Administración pública e as partes interesadas e a eficiencia da Administración pública mediante medidas de reforzo das capacidades institucionais e da eficiencia das administracións públicas e os servizos públicos relacionados coa aplicación do Fondo de Cohesión."

Cabe finalizar as referencias ao Fondo de Cohesión destacando que España non é elixible para o Fondo de Cohesión no período 2014-2020.

En canto á política social da Unión, debemos considerar que o instrumento especializado para coadjuvar a alcanzar as metas marcadas é o Fondo Social Europeo (FSE), merecedor dun título específico (título XI da parte terceira) no TFUE. Aquí encóntrase o artigo 162 deste tratado:

«Artigo 162 (antigo artigo 146 do TCE)

Para mellorar as posibilidades de emprego dos traballadores no mercado interior e contribuír así á elevación do nivel de vida, créase, no marco das disposicións seguintes, un Fondo Social Europeo destinado a fomentar, dentro da Unión, as oportunidades de

emprego e a mobilidade xeográfica e profesional dos traballadores, así como a facilitar a súa adaptación ás transformacións industriais e aos cambios dos sistemas de produción, especialmente mediante a formación e a reconversión profesionais.»

Nesta liña, o Regulamento (UE) 1304/2013, do 17 de decembro, relativo ao Fondo Social Europeo e polo que se derroga o Regulamento (CE) nº 1081/2006 do Consello, dispón no seu artigo 2 o seguinte:

“1. O FSE promoverá uns niveis elevados de emprego e de calidade do emprego, mellorará o acceso ao mercado laboral, fomentará a mobilidade xeográfica e profesional dos traballadores e facilitará a súa adaptación ao cambio industrial e aos cambios dos sistemas de produción necesarios para garantir un desenvolvemento sustentable, propiciará un elevado nivel de educación e formación para todos e apoiará a transición da educación ao emprego entre os mozos, loitará contra a pobreza, favorecerá a inclusión social e fomentará a igualdade de xénero, a non discriminación e a igualdade de oportunidades, contribuíndo desta forma a dar resposta ás prioridades da Unión en materia de mellora da cohesión económica, social e territorial.

2. O FSE cumprirá as misións establecidas no número 1 apoiando os Estados membros na consecución das prioridades e obxectivos principais da estratexia da Unión para un crecemento intelixente, sostible e integrador («Estratexia Europa 2020») e permitíndolles afrontar os seus retos específicos polo que respecta ao logro dos obxectivos da dita estratexia. O FSE apoiará a concepción e aplicación de políticas e medidas en relación coas súas misións, tendo en conta as directrices integradas pertinentes e as correspondentes recomendacións específicas por país adoptadas de conformidade co artigo 121, número 2, e o artigo 148, número 4, do TFUE e, cando proceda, a escala nacional, os programas nacionais de reforma, así como outros informes e estratexias nacionais aplicables.

3. O FSE beneficiará os cidadáns e, especialmente, as persoas desfavorecidas, como os desempregados de longa duración, as persoas con discapacidade, os inmigrantes, as minorías étnicas, as comunidades marxinadas e as persoas de calquera idade que sofren pobreza e exclusión social. O FSE tamén prestará axuda a traballadores, a empresas,

incluídos os axentes da economía social, e a emprendedores, así como a sistemas e estruturas, co fin de facilitar a súa adaptación aos novos retos, incluída unha maior adecuación das cualificacións profesionais, e fomentar unha boa gobernanza, o progreso social e a aplicación de reformas, especialmente no ámbito do emprego, a educación, a formación e as políticas sociais.”

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LICENCIADO EN CIENCIAS POLÍTICAS E DA ADMINISTRACIÓN

(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS INTERNACIONAIS*)

LICENCIADO EN CIENCIAS ECONÓMICAS

LICENCIADO EN DEREITO

REVISADO POR ISABEL TORRALBA MENA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

BIBLIOGRAFÍA:

Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010.

Regulamento (UE) nº 1303/2013, do 17 de decembro, polo que se establecen disposicións comúns relativas ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional, ao

Fondo Social Europeo, ao Fondo de Cohesión, ao Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural e ao Fondo Europeo Marítimo e da Pesca, e polo que se establecen disposicións xerais relativas ao Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional, ao Fondo Social Europeo, ao Fondo de Cohesión e ao Fondo Europeo Marítimo e da Pesca, e se derroga o Regulamento (CE) núm. 1083/2006 do Consello.

Regulamento (UE) 1300/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de decembro, relativo ao Fondo de Cohesión e polo que se derroga o Regulamento (CE) nº 1084/2006.

Regulamento (UE) 1304/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de decembro, relativo ao Fondo Social Europeo e polo que se derroga o Regulamento (CE) nº 1081/2006 do Consello.

TEMA 8.

POLÍTICA AGRÍCOLA E PESQUEIRA. OUTRAS POLÍTICAS COMÚNS.

TEMA 8. POLÍTICA AGRÍCOLA E PESQUEIRA. OUTRAS POLÍTICAS COMÚNS.

1. POLÍTICA AGRÍCOLA E PESQUEIRA.

A política agrícola común da UE cumpre moitos obxectivos:

- axuda os agricultores a **produciren suficientes alimentos** para Europa
- garante que os alimentos sexan **seguros** (por exemplo, a través da **rastrexabilidade**)
- protexe os agricultores da excesiva **volatilidade de prezos** e das **crises de mercado**
- axúdalles a investir **na modernización** das súas explotacións
- mantén **comunidades rurais** viables, con economías diversificadas
- crea e mantén **postos de traballo** na industria alimentaria
- protexe o **ambiente** e o **benestar dos animais**

O art. 4 do TFUE dispón que no ámbito de a agricultura e da pesca, con exclusión da conservación dos recursos biolóxicos mariños, a Unión disporá de competencia compartida cos Estados membros.

Ademais, debe terse en conta que:

«Artigo 13

Ao formularen e aplicaren as políticas da Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación e desenvolvemento tecnolóxico e espazo, a Unión e os Estados membros terán plenamente en conta as exixencias en materia de benestar dos animais como seres sensibles, e respectarán, asemade, as disposicións legais ou administrativas e os costumes dos Estados membros relativos, en particular, a ritos relixiosos, tradicións culturais e patrimonio rexional.»

A política agrícola europea sufriu considerables transformacións nos últimos anos. A **producción mundial de alimentos deberá duplicarse** de aquí a 2050 para facer fronte ao crecemento da poboación e ao aumento do consumo de produtos animais entre as

persoas que contan con máis medios. Ademais, haberá que abordar as repercusións do **cambio climático** (perda de biodiversidade, deterioración da calidade do solo e da auga, etc.) A política agrícola e pesqueira consiste en **asesorar os agricultores sobre o investimento e a innovación** necesarios para realizar esas tarefas.

No TFUE, a agricultura e a pesca están recollidas no título III da súa parte terceira:

«Artigo 38

1. A Unión definirá e aplicará unha política común de agricultura e pesca.

O mercado interior abranguerá a agricultura, a pesca e o comercio dos produtos agrícolas. Por produtos agrícolas enténdese os produtos da terra, da gandería e da pesca, así como os produtos de primeira transformación directamente relacionados con aqueles. Entenderase que as referencias á política agrícola común ou á agricultura e a utilización do termo «agrícola» abranguen tamén a pesca, atendendo ás características particulares deste sector.

2. Salvo disposición en contrario dos artigos 39 a 44, ambos inclusive, as normas previstas para o establecemento ou o funcionamento do mercado interior serán aplicables aos produtos agrícolas.

3. Os produtos a que serán de aplicación os artigos 39 a 44, ambos inclusive, son os que figuran na lista do anexo I.

4. O funcionamento e desenvolvemento do mercado interior para os produtos agrícolas deberán ir acompañados do establecemento dunha política agrícola común.

Artigo 39

1. Os obxectivos da política agrícola común serán:

a) incrementar a produtividade agrícola, fomentando o progreso técnico, asegurando o desenvolvemento racional da produción agrícola, así como o emprego óptimo dos factores de produción, en particular, da man de obra;

b) garantir así un nivel de vida equitativo á poboación agrícola, en especial, mediante o aumento da renda individual dos que traballan na agricultura;

c) estabilizar os mercados;

d) garantir a seguridade dos abastecementos;

e) asegurar ao consumidor subministracións a prezos razoables.

2. Na elaboración da política agrícola común e dos métodos especiais que esta poida comportar, deberanse ter en conta:

a) as características especiais da actividade agrícola, que resultan da estrutura social da agricultura e das desigualdades estruturais e naturais entre as distintas rexións agrícolas;

b) a necesidade de efectuar gradualmente as oportunas adaptacións;

c) o feito de que, nos Estados membros, a agricultura constitúe un sector estreitamente vinculado ao conxunto da economía.

Artigo 40

1. Para alcanzar os obxectivos previstos no artigo 39, créase unha organización común dos mercados agrícolas.

Segundo os produtos, esta organización adoptará unha das formas seguintes:

a) normas comúns sobre a competencia;

b) unha coordinación obrigatoria das diversas organizacións nacionais de mercado;

c) unha organización europea do mercado.

2. A organización común establecida baixo unha das formas indicadas no número 1 poderá comprender todas as medidas necesarias para alcanzar os obxectivos definidos no artigo 39, en particular, a regulación de prezos, subvencións á produción e á comercialización dos diversos produtos, sistemas de almacenamento e de compensación de remanentes, mecanismos comúns de estabilización das importacións ou exportacións.

A organización común deberá limitarse a conseguir os obxectivos enunciados no artigo 39 e deberá excluír toda discriminación entre produtores ou consumidores da Unión.

Calquera política común de prezos deberá basearse en criterios comúns e en métodos uniformes de cálculo.

3. Para permitir que a organización común a que fai referencia o número 1 alcance os seus obxectivos, poderanse crear un ou máis fondos de orientación e de garantía agrícolas.

Artigo 41

Para alcanzar os obxectivos definidos no artigo 39, poderán preverse, no ámbito da política agrícola común, medidas tales como:

- a) unha eficaz coordinación dos esforzos emprendidos nos sectores da formación profesional, investigación e divulgación de coñecementos agronómicos, que poderá comprender proxectos ou institucións financiados en común;
- b) accións comúns para o desenvolvemento do consumo de determinados produtos.

Artigo 42

As disposicións do capítulo relativo ás normas sobre a competencia serán aplicables á produción e ao comercio dos produtos agrícolas só na medida determinada polo Parlamento Europeo e o Consello, no marco das disposicións e de acordo co procedemento previsto no número 2 do artigo 43, tendo en conta os obxectivos enunciados no artigo 39.

O Consello, por proposta da Comisión, poderá autorizar a concesión de axudas:

- a) para a protección das explotacións desfavorecidas por condicións estruturais ou naturais;
- b) no marco de programas de desenvolvemento económico.

Artigo 43

1. A Comisión presentará propostas relativas á elaboración e execución da política agrícola común, incluída a substitución das organizacións nacionais por algunha das formas de organización común previstas no número 1 do artigo 40, así como á aplicación das medidas especificadas no presente título.

Tales propostas deberán ter en conta a interdependencia das cuestións agrícolas mencionadas no presente título.

2. O Parlamento Europeo e o Consello establecerán, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, a organización común dos mercados agrícolas prevista no número 1 do artigo 40, así como as demais disposicións que resulten necesarias para a consecución dos obxectivos da política común de agricultura e pesca.

3. O Consello, por proposta da Comisión, adoptará as medidas relativas á fixación dos prezos, as exaccións, as axudas e as limitacións cuantitativas, así como á fixación e a repartición das posibilidades de pesca.

4. Nas condicións previstas no número 2, poderanse substituír as organizacións nacionais de mercado pola organización común prevista no número 1 do artigo 40:

a) cando a organización común ofrezca aos Estados membros que se opoñan a esta medida e dispoñan dunha organización nacional para a produción de que se trate garantías equivalentes para o emprego e o nivel de vida dos produtores interesados, tendo en conta o ritmo das posibles adaptacións e das necesarias especializacións; e

b) cando a dita organización asegure aos intercambios dentro da Unión condicións análogas ás existentes nun mercado nacional.

5. En caso de crearse unha organización común para determinadas materias primas, sen que exista aínda unha organización común para os correspondentes produtos transformados, tales materias primas utilizadas nos produtos transformados destinados á exportación a terceiros países poderán ser importadas do exterior da Unión.

Artigo 44

Cando nun Estado membro un produto estea suxeito a unha organización nacional de mercado ou a calquera regulación interna de efecto equivalente que afecte a situación competitiva dunha produción similar noutro Estado membro, os Estados membros aplicarán un gravame compensatorio á entrada deste produto procedente do Estado membro que posúa a organización ou a regulación anteriormente citadas, a menos que o dito Estado aplique xa un gravame compensatorio á saída do produto.

A Comisión fixará o importe dos ditos gravames na medida necesaria para restablecer o equilibrio e pode autorizar igualmente a adopción doutras medidas nas condicións e modalidades que determine.»

Para materializar estes propósitos, a Unión dispón dunha serie de instrumentos especializados, como son o Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural (Feader), xunto co Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga), así como co Fondo Europeo de Pesca (FEP).

Mediante o Regulamento (UE) 1306/2013, do 17 de decembro, de financiamento, xestión e seguimento da política agrícola común, polo que se derrogan os regulamentos (CE) núm. 352/78, (CE) núm. 165/94, (CE) núm. 2799/98, (CE) núm. 814/2000, (CE) núm. 1290/2005 e (CE) núm. 485/2008 do Consello, afrontouse unha reforma en profundidade da PAC. No seu artigo 3 regúlanse os fondos de financiamento do gasto agrícola nos seguintes termos:

"1. Para alcanzar os obxectivos da PAC establecidos no TFUE, o financiamento das distintas medidas a que se estende esta política, incluídas as de desenvolvemento rural, efectuarase mediante:

a) O Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga)

b) O e Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural (Feader)

2. O Feaga e o Feader (no sucesivo, os «fondos») constituirán partes do orzamento xeral da Unión Europea (o orzamento da Unión)".

En relación co Feaga, o artigo 4 (Gastos do Feaga) dispón:

“1. O Feaga executarase mediante xestión compartida entre os Estados membros e a Unión e financiará os gastos seguintes, que deberán efectuarse de acordo coa lexislación da Unión:

a) as medidas destinadas á regulación ou apoio dos mercados agrarios;

b) pagamentos directos aos agricultores no marco da PAC;

c) a participación financeira da Unión para medidas de información e promoción dos produtos agrícolas no mercado interior da Unión e nos terceiros países realizadas por mediación dos Estados membros e baseadas en programas distintos dos que se mencionan no artigo 5, e que son elixidos pola Comisión;

d) a participación financeira da Unión no plan de consumo de froita e hortalizas nas escolas da Unión a que se refire o artigo 23 do Regulamento (UE) nº 1308/2013 e nas medidas relacionadas coas enfermidades animais e a perda de confianza dos consumidores a que se refire o artigo 155 do mencionado regulamento.

2. O Feaga financiará os gastos seguintes de forma directa e de conformidade coa lexislación da Unión:

a) a promoción de produtos agrícolas efectuada directamente pola Comisión ou a través de organizacións internacionais;

b) as medidas, adoptadas de conformidade coa lexislación da Unión, destinadas a garantir a conservación, a caracterización, a recollida e a utilización de recursos xenéticos en agricultura;

c) a creación e mantemento dos sistemas de información contable agraria;

d) os sistemas de investigación agraria, incluída a investigación sobre a estrutura das explotacións agrarias”.

Pola súa parte, o artigo 5 dispón respecto do Feader:

"O Feader financiará, en xestión compartida entre os Estados membros e a Unión. Financiará a contribución financeira da Unión en favor dos programas de desenvolvemento rural executados de conformidade co dereito da Unión relativo á axuda ao desenvolvemento rural".

Finalmente, con carácter común a ambos os fondos, o artigo 6 determina que *"os fondos, cada un no ámbito das súas competencias, poderán financiar, de forma directa, por iniciativa da Comisión ou por conta propia, as medidas de preparación, seguimento, actividades de asistencia administrativa e técnica, así como as medidas de avaliación, auditoría e control necesarias para a aplicación da PAC".*

Cabe engadir que, a diferenza do Feaga, de acordo co artigo 30 do Regulamento (Prohibición dun dobre financiamento), *"os gastos financiados conforme o Feader non poderán optar a ningún outro financiamento con cargo ao orzamento da Unión".*

Pola súa parte, o Regulamento (UE) 1305/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de decembro, relativo á axuda ao desenvolvemento rural a través do Fondo Europeo Agrícola de Desenvolvemento Rural (Feader) e polo que derroga o Regulamento (CE) núm. 1698/2005 do Consello, en liña co xa indicado, determina no seu considerando 2:

"(2) É preciso establecer unha política de desenvolvemento rural para acompañar e completar os pagamentos directos e as medidas de mercado da PAC e contribuír deste modo a conseguir os obxectivos establecidos no Tratado de funcionamento da Unión Europea ("TFUE"). A dita política de desenvolvemento rural tamén debe integrar os importantes obxectivos estratéxicos enunciados na Comunicación da Comisión, do 3 de marzo de 2010, titulada «Europa 2020». Unha estratexia para un crecemento intelixente, sustentable e integrador» (a «Estratexia Europa 2020») e debe ser coherente cos obxectivos xerais de cohesión económica e social establecidos no TFUE".

En consecuencia, de acordo co artigo 3 (Misión):

"O Feader contribuírá á Estratexia Europa 2020 fomentando un desenvolvemento rural sustentable en toda a Unión como complemento dos demais instrumentos da PAC, a política de cohesión e a política pesqueira común. Contribuírá ao desenvolvemento na

Unión dun sector agrícola máis equilibrado desde a óptica territorial e ambiental, máis respectuoso co clima, máis resistente aos cambios climáticos, máis competitivo e máis innovador. Tamén debe contribuír ao desenvolvemento dos territorios rurais”.

Pola súa parte, o artigo 4 fixa os obxectivos deste fondo e determina:

“No marco xeral da PAC, a axuda ao desenvolvemento rural, incluídas as actividades no sector alimentario, así como no sector non alimentario e no forestal, contribuirá a lograr os seguintes obxectivos:

- a) fomentar a competitividade da agricultura;*
- b) garantir a xestión sustentable dos recursos naturais e a acción polo clima;*
- c) lograr un desenvolvemento territorial equilibrado das economías e comunidades rurais, incluíndo a creación e conservación do emprego.*

Estes obxectivos deben completarse coas prioridades de desenvolvemento rural da Unión definidas no artigo 5:

“Os obxectivos de desenvolvemento rural, que contribúen á Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sustentable e integrador, enmarcaranse nas seis prioridades seguintes de desenvolvemento rural da Unión, que reflicten os obxectivos temáticos correspondentes do MEC:

- 1) Fomentar a transferencia de coñecementos e innovación nos sectores agrario e forestal e nas zonas rurais, (...).*
- 2) Mellorar a viabilidade das explotacións agrarias e a competitividade de todos os tipos de agricultura en todas as rexións, e promover as tecnoloxías agrícolas innovadoras e a xestión forestal sustentable (...).*
- 3) Fomentar a organización da cadea alimentaria, incluíndo a transformación e comercialización dos produtos agrarios, o benestar animal e a xestión de riscos no sector agrario, (...).*

4) Restaurar, preservar e mellorar os ecosistemas relacionados coa agricultura e a silvicultura, (...).

5) Promover a eficiencia dos recursos e fomentar o paso a unha economía baixa en carbono e capaz de adaptarse ao cambio climático nos sectores agrario, alimentario e forestal, (...).

6) Fomentar a inclusión social, a redución da pobreza e o desenvolvemento económico nas zonas rurais, (...).

Todas estas prioridades contribuirán aos obxectivos transversais de innovación, ambiente, mitigación do cambio climático e adaptación a este”.

O Fondo Europeo Marítimo e de Pesca (FEMP) é creado polo Regulamento (UE) 508/2014 do Parlamento e do Consello Europeo, do 15 de maio, relativo ao Fondo Europeo Marítimo e de Pesca, e polo que se derrogan os regulamentos (CE) núm. 2328/2003, (CE) núm. 861/2006, (CE) núm. 1198/2006 e (CE) núm. 791/2007, do Consello, e o Regulamento (UE) núm. 1255/2011. Este regulamento responde nos seus obxectivos á reforma da política pesqueira común operada polo Regulamento (UE) nº 1380/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, en liña cos retos, obxectivos e orientacións fixados na Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións, do 13 de xullo de 2011, titulada «Reforma da política pesqueira común».

De acordo co artigo 1 do Regulamento (UE) 508/2014 do Parlamento e do Consello Europeo, do 15 de maio, do Fondo Europeo Marítimo e de Pesca (FEMP):

“O presente regulamento establece as medidas financeiras da Unión para a aplicación:

a) da política pesqueira común (PPC),

b) das medidas pertinentes relativas ao dereito do mar,

c) do desenvolvemento sustentable das zonas pesqueiras e acuícolas e da pesca interior,
e

d) da política marítima integrada (PMI)”.

O artigo 5 define os obxectivos do FEMP:

"O FEMP contribuirá ao logro dos obxectivos seguintes:

a) fomentar unha pesca e unha acuicultura competitivas, ambientalmente sustentables, economicamente viables e socialmente responsables;

b) impulsar a aplicación da PPC;

c) fomentar un desenvolvemento territorial equilibrado e integrador das zonas pesqueiras e acuícolas;

d) impulsar o desenvolvemento e a aplicación da PMI da Unión de forma complementaria á política de cohesión e á PPC.

A persecución dos ditos obxectivos non debe resultar nun aumento da capacidade pesqueira”.

Segundo a medida financiada aplicarase o principio de xestión compartida ou o principio de xestión directa. Así, de acordo co artigo 7.1, o FEMP financiará de conformidade co principio de xestión compartida entre a Unión e os Estados membros e coas normas comúns previstas no Regulamento (UE) nº 1303/2013, as seguintes medidas:

- Desenvolvemento sustentable da pesca.
- Desenvolvemento sustentable da acuicultura.
- Desenvolvemento sustentable das zonas pesqueiras e acuícolas.
- Medidas relacionadas coa comercialización e a transformación.
- Compensación dos custos adicionais que entrañen os produtos da pesca e a acuicultura nas rexións ultraperiféricas.
- Medidas complementarias da PPC (política pesqueira común) en réxime de xestión compartida.

- Asistencia técnica por iniciativa dos Estados membros.
- Medidas da PMI (“política marítima integrada”) financiadas en réxime de xestión compartida.

Conforme o número 2 do mesmo artigo 7, financiará, de acordo co principio de xestión directa, as seguintes medidas:

- Política marítima integrada.
- Medidas complementarias da PPC e a PMI en réxime de xestión directa.
- Asistencia técnica.

2. OUTRAS POLÍTICAS COMÚNS.

De entre as restantes políticas públicas asumidas pola Unión cabe destacar unha que, segundo o artigo 3.1.b) do TFUE –Normas sobre competencia necesarias para o funcionamento do mercado interior-, é competencia exclusiva da Unión e outra que, a teor do artigo 4.2.e) –Ambiente- do mesmo Tratado, é competencia compartida entre a Unión e os seus Estados.

En efecto, o citado artigo 3.1.b) TFUE dispón:

«Artigo 3

1. A Unión disporá de competencia exclusiva nos ámbitos seguintes:

a) a unión alfandegueira;

b) o establecemento das normas sobre competencia necesarias para o funcionamento do mercado interior (...)»

A transcendencia da regulación da competencia empresarial no seo do mercado interior europeo compréndese non só polo seu enorme calado económico, senón tamén polo seu carácter transversal e chave para a materialización doutras políticas públicas, en especial dentro da acción pública de fomento.

Dentro do título VII da parte terceira do TFUE –Normas comúns sobre competencia, fiscalidade e aproximación das lexislacións-, encóntrase o capítulo 1 –Normas sobre competencia-, pola súa vez dividido en dúas seccións: sección primeira –Disposicións aplicables ás empresas- e sección segunda –Axudas outorgadas polos Estados-.

En canto ás disposicións aplicables ás empresas, a sinalada sección primeira dinos:

«Artigo 101 (antigo artigo 81 TCE)

1. Serán incompatibles co mercado interior e quedarán prohibidos todos os acordos entre empresas, as decisións de asociacións de empresas e as prácticas concertadas que poidan afectar o comercio entre os Estados membros e que teñan por obxecto ou efecto impedir, restrinxir ou falsear o xogo da competencia dentro do mercado interior e, en particular, os que consistan en:

- a) fixar directa ou indirectamente os prezos de compra ou de venda ou outras condicións de transacción;
- b) limitar ou controlar a produción, o mercado, o desenvolvemento técnico ou os investimentos;
- c) repartirse os mercados ou as fontes de abastecemento;
- d) aplicar a terceiros contratantes condicións desiguais para prestacións equivalentes, que ocasionen a estes unha desvantaxe competitiva;
- e) subordinar a celebración de contratos á aceptación, polos outros contratantes, de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos mercantís, non garden relación ningunha co obxecto dos ditos contratos.

2. Os acordos ou decisións prohibidos polo presente artigo serán nulos de pleno dereito.

3. Non obstante, as disposicións do número 1 poderán ser declaradas inaplicables a:

- calquera acordo ou categoría de acordos entre empresas,
- calquera decisión ou categoría de decisións de asociacións de empresas,

— calquera práctica concertada ou categoría de prácticas concertadas que contribúan a mellorar a produción ou a distribución dos produtos ou a fomentar o progreso técnico ou económico, e reserven ao mesmo tempo aos usuarios unha participación equitativa no beneficio resultante, e sen que:

- a) impoñan ás empresas interesadas restricións que non sexan indispensables para alcanzar tales obxectivos;
- b) ofrezan ás ditas empresas a posibilidade de eliminar a competencia respecto dunha parte substancial dos produtos de que se trate.

Artigo 102

Será incompatible co mercado interior e quedará prohibida, na medida en que poida afectar o comercio entre os Estados membros, a explotación abusiva, por parte dunha ou de máis empresas, dunha posición dominante no mercado interior ou nunha parte substancial deste.

Tales prácticas abusivas poderán consistir, particularmente, en:

- a) impor directa ou indirectamente prezos de compra, de venda ou outras condicións de transacción non equitativas;
- b) limitar a produción, o mercado ou o desenvolvemento técnico en prexuízo dos consumidores;
- c) aplicar a terceiros contratantes condicións desiguais para prestacións equivalentes, que ocasionen a estes unha desvantaxe competitiva;
- d) subordinar a celebración de contratos á aceptación, polos outros contratantes, de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos mercantís, non garden relación ningunha co obxecto dos ditos contratos.

Artigo 103

1. O Consello, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, adoptará os regulamentos ou directivas apropiados para a aplicación dos principios enunciados nos artigos 101 e 102.

2. As disposicións a que se refire o número 1 terán especialmente por obxecto:

a) garantir a observancia das prohibicións mencionadas no número 1 do artigo 101 e no artigo 102, mediante o establecemento de multas e multas coercitivas;

b) determinar as modalidades de aplicación do número 3 do artigo 101, tendo en conta a necesidade, por unha parte, de asegurar unha vixilancia eficaz e, por outra, de simplificar no posible o control administrativo;

c) precisar, eventualmente, respecto dos distintos sectores económicos, o ámbito de aplicación dos artigos 101 e 102;

d) definir as respectivas funcións da Comisión e do Tribunal de Xustiza da Unión Europea na aplicación das disposicións establecidas no presente punto;

e) definir as relacións entre as lexislacións nacionais, por unha parte, e as disposicións da presente sección e as adoptadas en aplicación do presente artigo, por outra.»

«Artigo 105

1. (...) a Comisión velará pola aplicación dos principios enunciados nos artigos 101 e 102. Por instancia dun Estado membro ou de oficio, e en colaboración coas autoridades competentes dos Estados membros, que lle prestarán a súa asistencia, a Comisión investigará os casos de suposta infracción dos principios antes mencionados. Se comproba a existencia dunha infracción, propondrá as medidas adecuadas para pór fin a ela.

2. En caso de que non se poña fin a tales infraccións, a Comisión fará constar a súa existencia mediante unha decisión motivada. Poderá publicar a dita decisión e autorizar aos Estados membros para que adopten as medidas necesarias, nas condicións e modalidades que ela determine, para remediar esta situación.

3. A Comisión poderá adoptar regulamentos relativos ás categorías de acordos sobre as que o Consello adoptase un regulamento ou unha directiva conforme a letra b) do número 2 do artigo 103.»

No concernente á regulación polo TFUE das axudas outorgadas polos Estados ás empresas, debe considerarse a súa particular transcendencia ao limitar ou condicionar a acción administrativa de fomento, fundamentalmente no que atinxe ao outorgamento de subvencións e outras modalidades de estímulo empresarial. Así, o TFUE establece ao respecto:

«Artigo 107

1. Salvo que os tratados dispoñan outra cousa, serán incompatibles co mercado interior, na medida en que afecten os intercambios comerciais entre Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou ameacen falsear a competencia, favorecendo determinadas empresas ou producións.

2. Serán compatibles co mercado interior:

a) as axudas de carácter social concedidas aos consumidores individuais, sempre que se outorguen sen discriminacións baseadas na orixe dos produtos;

b) as axudas destinadas a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou por outros acontecementos de carácter excepcional;

c) as axudas concedidas con obxecto de favorecer a economía de determinadas rexións da República Federal de Alemaña, afectadas pola división de Alemaña, na medida en que sexan necesarias para compensar as desvantaxes económicas que resultan de tal división. Cinco anos despois da entrada en vigor do Tratado de Lisboa, o Consello poderá adoptar, por proposta da Comisión, unha decisión pola que se derroque a presente letra.

3. Poderán considerarse compatibles co mercado interior:

a) as axudas destinadas a favorecer o desenvolvemento económico de rexións en que o nivel de vida sexa anormalmente baixo ou nas cales exista unha grave situación de

subemprego, así como o das rexións recollidas no artigo 349, tendo en conta a súa situación estrutural, económica e social;

b) as axudas para fomentar a realización dun proxecto importante de interese común europeo ou destinadas a pór remedio a unha grave perturbación na economía dun Estado membro;

c) as axudas destinadas a facilitar o desenvolvemento de determinadas actividades ou de determinadas rexións económicas, sempre que non alteren as condicións dos intercambios en forma contraria ao interese común;

d) as axudas destinadas a promover a cultura e a conservación do patrimonio, cando non alteren as condicións dos intercambios e da competencia na Unión en contra do interese común;

e) as demais categorías de axudas que determine o Consello por decisión tomada por proposta da Comisión.

Artigo 108

1. A Comisión examinará permanentemente, xunto cos Estados membros, os réximes de axudas existentes nos ditos Estados. Propondrá a estes as medidas apropiadas que exixa o desenvolvemento progresivo ou o funcionamento do mercado interior.

2. Se, despois de ter emprazado os interesados para que presenten as súas observacións, a Comisión comproba que unha axuda outorgada por un Estado ou mediante fondos estatais non é compatible co mercado interior en virtude do artigo 107, ou que a dita axuda se aplica de maneira abusiva, decidirá que o Estado interesado a suprima ou modifique no prazo que ela mesma determine.

Se o Estado de que se trate non cumpre esta decisión no prazo establecido, a Comisión ou calquera outro Estado interesado poderá recorrer directamente ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea, non obstante o disposto nos artigos 258 e 259.

Por petición dun Estado membro, o Consello poderá decidir, por unanimidade e non

obstante o disposto no artigo 107 ou nos regulamentos previstos no artigo 109, que a axuda que concedeu ou vai conceder o dito Estado sexa considerada compatible co mercado interior, cando circunstancias excepcionais xustifiquen esa decisión. Se, con respecto a esta axuda, a Comisión inicia o procedemento previsto no parágrafo primeiro do presente número, a petición do Estado interesado dirixida ao Consello terá por efecto a suspensión do dito procedemento até que este último se pronuncie sobre a cuestión.

Porén, se o Consello non se pronuncia dentro dos tres meses seguintes á petición, a Comisión decidirá ao respecto.

3. A Comisión será informada dos proxectos dirixidos a conceder ou modificar axudas coa suficiente antelación, para poder presentar as súas observacións. Se considera que un proxecto non é compatible co mercado interior conforme o artigo 107, a Comisión iniciará sen demora o procedemento previsto no número anterior. O Estado membro interesado non poderá executar as medidas proxectadas antes de que no dito procedemento se ditase decisión definitiva.»

En materia ambiental, o título XX da parte terceira do TFUE incorpora estes preceptos:

«Artigo 191 (antigo artigo 174 TCE)

1. A política da Unión no ámbito do ambiente contribuirá a alcanzar os seguintes obxectivos:

- a conservación, a protección e a mellora da calidade do ambiente,
- a protección da saúde das persoas,
- a utilización prudente e racional dos recursos naturais,
- o fomento de medidas a escala internacional destinadas a facer fronte aos problemas rexionais ou mundiais do ambiente. E, en particular, a loitar contra o cambio climático.

2. A política da Unión no ámbito do ambiente terá como obxectivo alcanzar un nivel de protección elevado, tendo presente a diversidade de situacións existentes nas distintas rexións da Unión. Basearase nos principios de cautela e de acción preventiva, no principio

de corrección dos atentados ao ambiente, preferentemente na fonte mesma, e no principio de que quen contamina paga.

Neste contexto, as medidas de harmonización necesarias para responder a exixencias da protección do ambiente incluírán, nos casos apropiados, unha cláusula de salvagarda que autorice os Estados membros a adoptaren, por motivos ambientais non económicos, medidas provisionais sometidas a un procedemento de control da Unión.

3. Na elaboración da súa política na área do ambiente, a Unión terá en conta:

- os datos científicos e técnicos dispoñibles,
- as condicións do ambiente nas diversas rexións da Unión,
- as vantaxes e as cargas que poidan resultar da acción ou da falta de acción,
- o desenvolvemento económico e social da Unión no seu conxunto e o desenvolvemento equilibrado das súas rexións.

4. No marco das súas respectivas competencias, a Unión e os Estados membros cooperarán cos terceiros países e as organizacións internacionais competentes. As modalidades da cooperación da Unión poderán ser obxecto de acordos entre esta e as terceiras partes interesadas.

O parágrafo precedente entenderase sen prexuízo da competencia dos Estados membros para negociar nas institucións internacionais e para concluír acordos internacionais.

Artigo 192

1. O Parlamento Europeo e o Consello, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, decidirá as accións que deba emprender a Unión para a realización dos obxectivos fixados no artigo 191.

2. Non obstante o procedemento de toma de decisións recollido no número 1 e sen prexuízo do artigo 114, o Consello, por unanimidade conforme un procedemento

lexislativo especial, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, adoptará:

a) disposicións esencialmente de carácter fiscal;

b) as medidas que afecten:

— a ordenación territorial;

— a xestión cuantitativa dos recursos hídricos ou que afecten directa ou indirectamente a dispoñibilidade dos ditos recursos;

— a utilización do solo, con excepción da xestión dos residuos;

c) as medidas que afecten de forma significativa a elección por un Estado membro entre diferentes fontes de enerxía e a estrutura xeral do seu abastecemento enerxético.

O Consello, por unanimidade, por proposta da Comisión e logo de consulta ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, poderá dispor que o procedemento lexislativo ordinario sexa aplicable aos ámbitos mencionados no parágrafo primeiro.

3. O Parlamento Europeo e o Consello adoptarán, conforme o procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Rexións, programas de acción de carácter xeral que fixen os obxectivos prioritarios que se deban alcanzar.

As medidas necesarias para a execución dos ditos programas adoptaranse de conformidade coas condicións recollidas no número 1 ou no número 2, segundo proceda.

4. Sen prexuízo de determinadas medidas adoptadas pola Unión, os Estados membros terán ao seu cargo o financiamento e a execución da política en materia de ambiente.

5. Sen prexuízo do principio de que quen contamina paga, cando unha medida adoptada conforme o disposto no número 1 implique custos que se consideren desproporcionados para as autoridades públicas dun Estado membro, a dita medida establecerá as

disposicións adecuadas en forma de:

— excepcións de carácter temporal,

— apoio financeiro con cargo ao Fondo de Cohesión creado de conformidade co disposto no artigo 177, ou ambas as posibilidades.

Artigo 193 (antigo artigo 176 TCE)

As medidas de protección adoptadas en virtude do artigo 192 non serán obstáculo para o mantemento e a adopción, por parte de cada Estado membro, de medidas de maior protección. As ditas medidas deberán ser compatibles cos tratados e notificaranse á Comisión.»

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ

LIC. EN CC. POLÍTICAS E DA ADMÓN.

(ESPECIALIDADE *RELACIÓNS INTERNACIONAIS*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DEREITO

REVISADO POR ISABEL TORRALBA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA

BIBLIOGRAFÍA:

- Versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de funcionamento da Unión Europea. DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010.
- Regulamento (UE) 1306/2013, do 17 de decembro, de financiamento, xestión e seguimento da política agrícola común, polo que se derrogan os regulamentos (CE) núm. 352/78, (CE) núm. 165/94, (CE) núm. 2799/98, (CE) núm. 814/2000, (CE) núm. 1290/2005 e (CE) núm. 485/2008 do Consello.
- Regulamento (UE) 1305/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 17 de decembro, relativo á axuda ao desenvolvemento rural a través do Fondo Europeo Agrícola de Deesenvolvemento Rural (Feader) e polo que se derroga o Regulamento (CE) núm. 1698/2005 do Consello.
- Regulamento (UE) 508/2014 do Parlamento e do Consello Europeo, do 15 de maio, relativo al Fondo Europeo Marítimo e de Pesca, e polo que se derrogan os regulamentos (CE) núm. 2328/2003, (CE) núm. 861/2006, (CE) núm. 1198/2006 e (CE) núm. 791/2007, do Consello, e o Regulamento (UE) núm. 1255/2011.
- La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y deuda pública. Fernando de la Hucha Celador. Revista Española de Derecho Financiero núm. 153/2012.

TEMA 1

**A LEI DE RÉXIME FINANCEIRO E
ORZAMENTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS
XERAIS. O CONTIDO DA FACENDA DA
COMUNIDADE.**

TEMA 1. A LEI DE RÉXIME FINANCEIRO E ORZAMENTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS XERAIS. O CONTIDO DA FACENDA DA COMUNIDADE.

A primeira lei galega de xestión económica e financeira foi a Lei 3/1984, do 3 de abril, aprobada como consecuencia da autonomía financeira que recoñece á Comunidade Autónoma de Galicia a Constitución española de 1978 e o Estatuto de autonomía galego. Ambas as normas recoñecen a autonomía financeira coa posibilidade de dispor de recursos propios e a capacidade para administralos e xestionalos, incluíndo a confección dun orzamento e a súa posterior execución.

O Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, aproba o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, para recoller todas as sucesivas modificacións realizadas á Lei 11/1992, tanto a través das leis de orzamentos como de acompañamento.

Estrutura e contido do texto refundido.

O vixente texto ten a seguinte estrutura:

- Un título preliminar.
- 6 títulos.
- 126 artigos.
- 4 disposicións adicionais (a disposición adicional cuarta foi derogada pola Lei 9/2007, do 13 de xuño).
- 1 disposición derogatoria.

No título preliminar desenvólvese unha serie de principios xerais, así como as competencias dos distintos órganos e organismos da Xunta de Galicia en materia económica e orzamentaria. Tamén se regulan de maneira superficial os organismos autónomos, as sociedades públicas autonómicas e os convenios con outras comunidades para a prestación de servizos de exclusiva competencia delas.

O título I refírese ao contido da Facenda pública e divídese en dous capítulos, un dedicado aos recursos da Comunidade Autónoma e outro ás obrigacións.

O título II refírese ás operacións de endebedamento. Regula, por tanto, os capitais

tomados a préstamo pola Xunta ou polos seus organismos autónomos e as garantías e avais que a Comunidade Autónoma pode prestar.

O título III regula os orzamentos xerais, en concreto, a súa elaboración, contido, forma de aprobación, estrutura, competencias das consellerías, prórroga, créditos e as súas modificacións. É dicir, regúlase a aprobación, o desenvolvemento e a liquidación dos orzamentos.

O título IV dedícase ao Tesouro e regula o seu concepto, funcións, situación dos fondos dos organismos autónomos e ingresos e medios de pagamento.

O título V trata do control interno e da contabilidade. Regula, no seu capítulo primeiro, a función interventora previa, cos seus principios e normas de actuación e o control financeiro, que ten a finalidade de procurar que a xestión económico-financeira do sector público galego se adecue aos principios de legalidade, economía, eficacia e eficiencia.

Pola súa parte, o capítulo segundo dedícase á contabilidade.

Por último, o título VI regula as responsabilidades en que poden incorrer as autoridades e os funcionarios na xestión de fondos públicos, tipificando as infraccións que se poden cometer.

Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma. Concepto.

De acordo co artigo 46 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, defínense os orzamentos como a expresión cifrada conxunta e sistemática:

- a) Das obrigacións que, como máximo, se poderán recoñecer e dos dereitos que se preveza liquidar por parte da Comunidade e dos seus organismos autónomos durante o exercicio orzamentario.
- b) Dos obxectivos que se pretendan alcanzar coa utilización dos recursos financeiros consignados neles.
- c) Das estimacións dos fluxos financeiros das sociedades públicas.
- d) Da totalidade dos ingresos e gastos dos demais entes públicos.
- e) Dos beneficios fiscais estimados.

Principios xerais.

Respecto dos orzamentos, a lei recolle varios principios dos denominados clásicos, coas súas correspondentes evolucións sobre o concepto inicial.

Principio de equilibrio.

O artigo 46.3 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario establece que os orzamentos da Comunidade Autónoma se presentarán e aprobarán de forma que os estados de gastos non superen os recursos totais previstos nos respectivos estados de ingresos.

Principio de anualidade.

Con independencia de que os orzamentos da Comunidade Autónoma deban enmarcarse nun escenario plurianual, que conteña as liñas básicas de actuación a medio prazo do sector público galego, o exercicio orzamentario, tal e como establece o artigo 47 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario, coincidirá co ano natural e a el imputaranse:

1. Os dereitos liquidados durante o ano, calquera que sexa o período a que correspondan.
2. As obrigacións recoñecidas ata o 31 de decembro do correspondente exercicio, como consecuencia de adquisicións, obras, subministracións, prestación de servizos ou outro tipo de gastos realizados con cargo aos créditos respectivos dentro do correspondente ano natural.

Este principio vólvese enunciar no artigo 60, que establece:

- a. Unha regra xeral no seu punto primeiro: “Con cargo aos créditos consignados nos estados de gastos só se poderán contraer obrigacións derivadas de adquisicións, obras, prestacións de servizos e demais gastos en xeral que fosen realizados no ano natural do correspondente exercicio orzamentario”.
- b. Unha excepción no seu punto segundo: “Porén, aplicaranse aos créditos do orzamento vixente no momento da expedición das ordes de pagamento as seguintes obrigacións:

- As que resulten do recoñecemento e da liquidación dos atrasos a favor do persoal que perciba as súas retribucións con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.
- As derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en exercicios anteriores.
- As que teñan a súa orixe en sentenzas xudiciais.

Naqueles casos en que non exista crédito adecuado no exercicio corrente, por iniciativa da consellería correspondente ou da persoa titular da consellería competente en materia de Facenda poderanse determinar os créditos a que se deberán imputar os pagamentos destas obrigas.”

Outra importante excepción ao principio de anualidade é a recollida no artigo 58 do texto refundido, que regula a posibilidade de asumir gastos plurianuais, ao establecer:

- a) “Poderán asumirse compromisos de gasto de carácter plurianual, aínda que a súa execución deba iniciarse no exercicio seguinte, cando o seu contido coincida cos que se especifican a continuación:
- Investimentos e transferencias de capital.
 - Transferencias correntes derivadas de normas con rango de lei, ou que se concedan a través de convocatoria ou de sinatura de convenios, despois da autorización do compromiso plurianual por parte do Consello da Xunta.
 - Gastos en bens e servizos cando a súa contratación, de acordo coa Lei de contratos do sector público, non poida ser estipulada ou resulte antieconómica por un prazo que só comprenda un exercicio orzamentario.
 - Arrendamentos de bens inmobles que vaian ser utilizados por organismos ou servizos da Comunidade Autónoma.
 - Cargas financeiras derivadas de operacións de endebedamento da Comunidade ou dos seus organismos autónomos.
 - Activos financeiros.
 - Convenios con universidades e outras institucións ou centros docentes cando

aquelas se deban executar durante cursos académicos coincidentes con dous exercicios orzamentarios.

b) A autorización ou realización dos gastos de carácter plurianual subordinarase aos créditos que para o exercicio se consignan nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.

c) O número de exercicios a que se poden aplicar os gastos incluídos nas letras a), b), c), f) e g) do número 1 non poderá ser superior a catro.

O gasto que nestes casos se comprometa con cargo a exercicios futuros non poderá exceder o resultado de aplicar ao crédito inicial, a nivel de concepto, as seguintes porcentaxes: no exercicio inmediato seguinte, o 70 %; no segundo exercicio, o 60 % e nos exercicios terceiro e cuarto, o 50 %. Tampouco poderá ser inferior ao 10 % do importe total do expediente de gasto, en ningún dos anos aos cales se estenda a súa execución material excepto, de ser o caso, no último exercicio.

O total dos importes comprometidos con cargo a exercicios futuros no conxunto dos conceptos que definen un nivel de vinculación non poderá superar as porcentaxes arriba indicadas, calculadas sobre o crédito inicial dese conxunto de conceptos.

Nos contratos de obra de carácter plurianual, con excepción dos realizados baixo a modalidade de pagamento total do prezo, efectuarase unha retención adicional de crédito do 10 % do importe de adxudicación, no momento en que esta se realice. Esta retención aplicarase ao exercicio en que finalice o prazo fixado no contrato para a terminación da obra ou ao seguinte, segundo o momento en que se prevea realizar o pagamento da certificación final. Estas retencións computarán dentro das porcentaxes establecidas neste artigo.

d)

e)

f) O Consello da Xunta, por proposta da persoa titular do departamento competente en materia de Facenda, poderá modificar as porcentaxes sinaladas no número 3 deste artigo e os importes que se fixen conforme o disposto no número 5, así como modificar o número de anualidades en casos especialmente xustificados, por petición

da correspondente consellería e despois dos informes que se xulguen oportunos e, en todo caso, do da dirección xeral competente en materia de orzamentos.

Principio de integridade.

Os dereitos liquidados e as obrigacións recoñecidas aplicaranse aos orzamentos polo seu importe íntegro e queda prohibido atender ás obrigacións mediante minoración dos dereitos por liquidar ou xa ingresados, a non ser por autorización expresa da lei.

Exceptúanse as devolucións de ingresos indebidos, que declarará como tales a autoridade ou tribunal competente. Entenderase por importe íntegro o que resulte despois de aplicar os beneficios tributarios que sexan procedentes, os cales serán obxecto de contabilización independente.

Principio de especificación e carácter limitativo dos créditos.

Os créditos consignados nos estados de gastos destinaranse exclusivamente ás finalidades específicas para as cales están autorizados pola Lei de orzamentos ou polas modificacións aprobadas de acordo coas regras previstas no articulado do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, tal e como establece o artigo 56 desta norma.

Así mesmo, no seu punto segundo, este artigo 56 dispón que os créditos autorizados nos programas de gastos teñen carácter limitativo e vinculante a nivel de concepto. Porén, os créditos destinados a gastos de persoal, excepto os que se refiren a incentivos ao rendemento, e os gastos en bens correntes e servizos terán carácter vinculante a nivel de artigo.

Prevé a lei que nos servizos transferidos do INSALUD, hoxe SERGAS, se apliquen estas normas adaptándoas á súa estrutura peculiar.

Por último, o artigo 56, no seu punto cuarto, establece que, en todo caso, terán carácter vinculante, co nivel de desagregación económica con que aparezan nos estados de gastos, os créditos destinados a atencións protocolarias e representativas e os declarados ampliables.

Como consecuencia do carácter limitativo dos orzamentos, o artigo 57 establece a nulidade das obrigacións nos casos en que se adquirisen compromisos de gasto por contía superior ao importe dos créditos consignados nos estados de gastos, e serán nulos de

pleno dereito os actos administrativos e as disposicións xerais con rango inferior á lei que infrinxan esta norma, sen prexuízo das responsabilidades que procedan.

Prevese unha excepción para aqueles compromisos de gastos que regulamentariamente se determinen, cando a imputación corresponda a créditos ampliáveis ou que se adquiran como consecuencia das necesidades propias do normal funcionamento dos servizos e o seu importe exacto sexa difícil de calcular por corresponder a obrigacións de tracto sucesivo.

Contido dos orzamentos xerais da CA.

Os orzamentos da Comunidade Autónoma estarán integrados: (artigo 48)

- a. Polo orzamento da Comunidade.
- b. Polos orzamentos dos organismos autónomos.
- c. Polos orzamentos de explotación e capital das sociedades públicas.
- d. Polos orzamentos dos demais entes públicos a que fai referencia o artigo 12 do texto refundido.

Os orzamentos xerais conterán:

- Os estados de gastos (da Administración xeral e organismos autónomos de carácter administrativo), nos cales se especificarán, na forma establecida, os créditos necesarios para dar cumprimento ás obrigacións de contido económico.
- Os estados de ingresos, en que se detallarán as estimacións dos dereitos económicos que se liquidarán durante o exercicio orzamentario.
- Os estados financeiros dos organismos autónomos comerciais, industriais ou financeiros a que fai referencia o artigo 11 do texto refundido.
- Os estados financeiros das sociedades públicas.

Polo que respecta á súa estrutura, o artigo 49 establece que os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma se axustarán ás seguintes regras:

Primeira

1. Os estados de gastos confeccionaranse aplicando unha clasificación funcional por

programas. Así mesmo, as clasificacións orgánica e económica informarán, respectivamente, sobre o axente que realiza o gasto e a súa natureza.

2. Para cada programa de gastos estableceranse os obxectivos que se pretendan conseguir, cos recursos que se lle asignen, así como, sempre que sexa posible, os indicadores de seguimento que se consideren adecuados para analizar o grao de consecución dos obxectivos.
3. Presentaranse con separación os gastos correntes e os gastos de capital e a súa clasificación económica rexerase polos seguintes criterios:
 - a) Nos créditos para gastos correntes distinganse os de funcionamento dos servizos, os gastos financeiros e as transferencias correntes.
 - b) Nos créditos para gastos de capital distinganse os de investimentos reais, as transferencias de capital e as variacións de activos e pasivos financeiros.

Segunda

Os estados de ingresos presentarán unha clasificación económica distinguindo os correspondentes a operacións correntes e a operacións de capital.

Elaboración e aprobación dos orzamentos.

De acordo co artigo 51 do texto refundido:

“O procedemento para a elaboración dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma axustarase ás seguintes normas:

1. Os órganos estatutarios da Comunidade Autónoma e as consellerías remitirán á de Economía e Facenda (hoxe Facenda), antes do 1 de xullo, os seus respectivos estados de gastos debidamente documentados e axustados ás normas que lles sexan aplicables e ás directrices da Xunta.
2. Dentro do mesmo prazo e coas mesmas formalidades indicadas, cada unha das consellerías remitirá:
 - Os anteproxectos de orzamentos de gastos e ingresos dos organismos autónomos que teña adscritos, formando un só orzamento para cada organismo, incluíndo, nos que teñan carácter comercial, industrial, financeiro ou

análogo, os estados financeiros a que fai referencia o artigo 82 da presente lei.

- Os anteproxectos de orzamentos de ingresos e gastos dos entes públicos a que fai referencia o artigo 12 desta lei e que teñan adscritos.
- Os anteproxectos de orzamentos de explotación e capital das sociedades públicas que teñan adscritas.

3. O anteproxecto de orzamentos de ingresos da Comunidade Autónoma en que se recolla a estimación dos recursos derivados das súas fontes de financiamento será elaborado pola Consellería de Economía e Facenda.

4. Tendo en conta os estados de ingresos e gastos mencionados e o marco macroeconómico en que se conteña a previsible actividade económica do exercicio orzamentario seguinte, a consellería formulará o anteproxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma e someterao ao acordo da Xunta.

5. Xunto co anteproxecto da lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma remitirase ao Consello da Xunta a seguinte documentación:

1. A conta consolidada dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.
2. Unha memoria explicativa do seu contido e das principais diferenzas existentes neles en relación cos orzamentos en vigor.
3. A liquidación dos orzamentos do ano anterior e un avance dos do exercicio corrente.
4. Un informe económico e financeiro.
5. Un anexo de investimentos reais, que conterá a valoración dos proxectos de investimento público que se van realizar e a súa distribución territorial. No caso de investimentos plurianuais, indicarse o investimento de cada ano. Dentro do citado anexo de investimentos reais diferenciaranse os proxectos de investimento en vinculantes e non vinculantes. Os créditos destinados aos proxectos de investimento aos cales se lles confira o carácter de vinculantes non poderán destinarse ao financiamento doutros proxectos, excepto por autorización da persoa titular da consellería competente en materia de Facenda. Trimestralmente comunicáraselle á

Comisión 3ª (Facenda e orzamentos) do Parlamento de Galicia a relación das autorizadas, no caso de habelas.

6. Un anexo de transferencias.

7. Un anexo de persoal.

O proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, xunto coa documentación anteriormente enumerada, deberá ser remitido ao Parlamento de Galicia antes do día 20 de outubro. Remitiranse igualmente ao Parlamento de Galicia os orzamentos das deputacións provinciais.

O texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia prevé a posibilidade da prórroga dos orzamentos no seu artigo 54, establecendo:

“Se a lei de orzamentos xerais non fose aprobada polo Parlamento de Galicia antes do primeiro día do exercicio económico en que se teña que aplicar, consideraranse automaticamente prorrogados os do exercicio inmediato anterior.

– A Consellería de Economía e Facenda poderá elaborar, de ser o caso, os correspondentes estados de gastos, en que se detallarán os importes dos créditos prorrogados e os do exercicio inmediatamente anterior. Os citados importes serán o resultado de realizar nos créditos iniciais do orzamento prorrogado as operacións seguintes:

- a. Excluíranse aqueles gastos que correspondan a actuacións que deban quedar terminadas ao finalizar o exercicio dos orzamentos que se prorrogan, así como aqueles que non se consideren necesarios para o exercicio que se inicia.
- b. Nos indicados estados de gastos incluíranse aqueles créditos que correspondan a actuacións de urxente iniciación ou cobertura, sempre que teñan cabida dentro das baixas motivadas na letra a) anterior.
- c. A persoa titular da Consellería de Facenda determinará que modificacións orzamentarias das realizadas durante o exercicio cuxos orzamentos se prorrogan se consolidarán nos estados de gastos a que fai referencia a alínea a).

- Durante o período de prórroga serán aplicables aos estados de gastos resultantes do disposto no número anterior as disposicións do capítulo II deste título III.
- Unha vez aprobados os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, imputaranse a estes as operacións realizadas durante o período de prórroga, de acordo coas instrucións que para o efecto dite a Consellería de Facenda. No caso de non existiren nos orzamentos aprobados créditos a que imputar os expedientes de gasto tramitados durante o período de prórroga, a consellería ou o organismo autónomo afectado proporán á Consellería de Facenda aqueles créditos do orzamento aprobado con cargo aos cales se deberá efectuar a imputación.
- A Consellería de Facenda confeccionará, así mesmo, os estados de ingresos que terán vixencia durante o período de prórroga e que se elaborarán en función das previsións que poidan derivar, ben da liquidación dos orzamentos do exercicio prorrogado ben de calquera outro dato válido para sustentar as citadas previsións, sempre que non supoñan a introdución de ningún cambio na normativa legal vixente durante o exercicio cuxo orzamento se prorroga.
- O texto da lei de orzamentos correspondente aos que se prorrogan tamén se prorrogará nos seus propios termos, excepto aquelas disposicións que polas súas propias características soamente poidan ter vixencia exclusiva durante o respectivo ano natural.

O CONTROL ORZAMENTARIO.

A actividade financeira que desenvolve a Facenda pública da Comunidade Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedemento de supervisión que garanta que a distribución e xestión dos recursos públicos se realice tendo en conta criterios de eficacia e eficiencia. Ademais, este procedemento permitirá controlar que a acción de Goberno se faga conforme os principios de equidade, solidariedade e equilibrio territorial, todo o anterior tal e como exige o artigo 2 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro (en diante, TRLRFO).

Esa actividade de supervisión é o que podemos denominar como “control orzamentario”.

Os anteriores fins e concepto complétanse cos “principios orzamentarios e de control” que recolle o artigo 4 do TRLRFO:

“1. A actividade económico-financeira da Comunidade Autónoma de Galicia estará sometida ao réxime de orzamento anual e aos principios de control interno, de contabilidade e de unidade de caixa que se determinan na presente lei.

2. Todas as actividades que dean lugar ao recoñecemento de dereitos e obrigacións de contido económico ou ao manexo de fondos públicos deberán estar controladas ou intervidas conforme as normas desta lei e sometidas ao réxime de rendemento de contas ao Consello de Contas e ao Tribunal de Contas, de acordo coas disposicións que os regulan.

3. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma será o órgano encargado da execución das funcións de control interno e de contabilidade reguladas na presente lei.

4. A Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo cos procedementos legais establecidos, poderá exixir aos responsables da custodia e do manexo dos fondos públicos as indemnizacións económicas que sexan procedentes polos prexuízos que poidan ocasionar, con independencia das demais responsabilidades de carácter civil, penal ou disciplinario en que poidan incurrir”.

Centrándonos na Comunidade Autónoma de Galicia, no noso ordenamento o control da execución orzamentaria durante o propio proceso de execución é fundamentalmente interno, é dicir, realízano exclusivamente órganos da Administración, dependentes da Consellería de Facenda.

En concreto, o control interno está atribuído polo TRLRFO (como xa vimos no seu artigo 4) á IXCA. En particular, así se recolle no título V do TRLRFO “do control interno e da contabilidade” (artigos 93 e ss).

O artigo 93 sinala que “o control interno da actividade económico-financeira da Comunidade, dos seus organismos autónomos e entes públicos e das sociedades públicas o exercerá a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, de ser o caso, do Tribunal de Contas.

2. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma exercerá as súas funcións de control

interno con plena autonomía respecto aos órganos responsables da xestión controlada”.

O exercicio do control interno pola IXCA realízase fundamentalmente a través de dous instrumentos:

- A función interventora
- O control financeiro.

Tal e como sinala o artigo 94 do TRLRFO, a función interventora ten por obxecto controlar todos os actos, documentos e expedientes da Comunidade e dos seus organismos autónomos dos que poidan derivar dereitos e obrigacións de contido económico, así como os ingresos e pagamentos que deles deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, co fin de asegurar que a xestión dos órganos controlados se axuste ás disposicións aplicables a cada caso.

Pola súa parte, o control financeiro exercerao a Intervención Xeral, de conformidade co previsto en cada caso e na forma que regulamentariamente se estableza respecto dos servizos da Comunidade, dos organismos autónomos, dos entes públicos e das sociedades públicas, para comprobar o seu adecuado funcionamento tanto no aspecto organizativo como no económico-financeiro. Así mesmo, exercerá o control financeiro respecto ás sociedades mercantís, empresas, entidades e particulares por razón das subvencións, créditos, avais e demais axudas da Comunidade ou dos seus organismos autónomos, concedidos con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade. Neste caso, o control financeiro terá por obxecto comprobar a adecuada e correcta obtención e utilización das indicadas subvencións e axudas e o cumprimento dos obxectivos que con elas se pretenden alcanzar.

O control realizado polo Parlamento é un control “político” sobre o orzamento e o procedemento de execución orzamentaria. Este control pode ser de tres tipos:

- Previo á execución orzamentaria
- Simultáneo á execución orzamentaria
- Posterior á execución orzamentaria

O control previo exerceo o Parlamento ao aprobar os orzamentos xerais da Comunidade

Autónoma de Galicia. É o Parlamento o que, mediante o exame, emenda e aprobación das leis anuais de orzamentos, determina o contido e a distribución dos ingresos e gastos do orzamento ademais de establecer, mediante o articulado da Lei de orzamentos, as directrices para a súa execución.

Desta forma, o artigo 52 do TRLRFO sinala que *"o proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, xunto coa documentación establecida no punto 5 do artigo anterior, remitirase ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, para os efectos do artigo 53.1 do Estatuto de autonomía de Galicia"*. Este artigo 53 atribúe á Xunta ou Goberno a elaboración e aplicación do orzamento da Comunidade Autónoma galega, e ao Parlamento o seu exame, emenda, aprobación e control.

Estas competencias parlamentarias están desenvolvidas na sección 3ª do capítulo III do título VI do Regulamento do Parlamento de Galicia.

O control simultáneo ou concomitante pódese realizar fundamentalmente a través das interpelacións, preguntas e das comisións de investigación. Ademais, tamén se poderían incluír como facultades de control as que ten o Parlamento sobre a aprobación de certas modificacións orzamentarias, en particular, sobre os suplementos de crédito e os créditos extraordinarios. As competencias do Parlamento neste último suposto recóllense no artigo 62 do TRLRFO, que sinala que:

"1. Cando deba realizarse algún gasto con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma que non se poida demorar ata o exercicio seguinte e non exista crédito nos estados de gastos, ou sexa insuficiente e non ampliable o consignado, o conselleiro de Economía e Facenda, logo de informe da dirección xeral competente en materia de orzamentos, someterá ao acordo da Xunta, para a súa remisión ao Parlamento, un proxecto de lei de concesión dun crédito extraordinario no primeiro caso ou dun suplemento de crédito no segundo, en que se especificarán necesariamente os recursos con que se financiará o gasto que por estas causas se xera, e o detalle do concepto orzamentario que se debe crear ou que é suplementado.

2. Malia o indicado no punto anterior, se a necesidade de crédito extraordinario ou de suplemento de crédito se produce nun organismo autónomo e estes non supoñen aumento nos créditos do orzamento da Comunidade Autónoma, observaranse as seguintes

normas:

- A súa concesión será facultade do conselleiro de Economía e Facenda se o seu importe non excede o 5 % do orzamento de gastos do organismo autónomo correspondente, e da Xunta de Galicia cando, superando a dita porcentaxe, non exceda o 10 % do citado orzamento de gastos. Estas porcentaxes aplicaranse de forma conxunta e acumulada para ambas as clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.
- No expediente de modificación orzamentaria emitirá informe a consellería a que estea adscrito o organismo autónomo que o promova, xustificando debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propondo os recursos con que se financiará o incremento que se propón.
- A Xunta de Galicia dará conta trimestralmente ao Parlamento de Galicia dos créditos extraordinarios e suplementos de crédito concedidos ao abeiro do previsto na alínea a) do presente número”.

Analizado o control interno que debe realizar a IXCA e o control externo encomendado ao Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo á análise do Consello de Contas da última epígrafe deste tema, se trate, se cabe, de forma moi breve, a institución do Tribunal de Contas, pola súa evidente competencia de control sobre a execución orzamentaria da Comunidade Autónoma de Galicia.

O **Tribunal de Contas** pódese definir como o supremo órgano fiscalizador das contas e da xestión económica do Estado e do sector público, sen prexuízo da súa propia xurisdición de acordo coa Constitución e coa lei orgánica que o desenvolve. Na actualidade, e en desenvolvemento do disposto no artigo 136 da CE, o Tribunal de Contas está regulado pola Lei orgánica 2/1982, do 12 de marzo (en diante, LOTC), e pola Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas.

A natureza do Tribunal de Contas é dobre, fiscalizadora e xurisdiccional, conectada aos dous tipos de funcións que ten encomendadas. As súas notas características son as seguintes:

- O Tribunal de Contas ten competencia exclusiva para todo o concernente ao seu

gobierno e réxime interior e ao persoal ao seu servizo (artigo 3 da LOTC).

- O Tribunal de Contas exercerá as súas funcións con plena independencia e sometemento ao ordenamento xurídico (artigo 5 da LOTC).
- O Tribunal de Contas elaborará o seu propio orzamento, que se integrará nos xerais do Estado, nunha sección independente e será aprobado polas Cortes Xerais (artigo 6 da LOTC).

As súas relacións coas comunidades autónomas e os seus órganos de control determínanse de forma sucinta no artigo 1.2 da LOTC, que sinala que o Tribunal de Contas "é único na súa orde e estende a súa xurisdición a todo o territorio nacional, sen prexuízo dos órganos fiscalizadores de contas que para as comunidades autónomas poidan prever os seus estatutos. Depende directamente das Cortes Xerais". Esta previsión desenvólvese no artigo 29 da Lei 7/1988, que establece que:

"1. Os órganos de control externo das comunidades autónomas coordinarán a súa actividade coa do Tribunal de Contas mediante o establecemento de criterios e técnicas comúns de fiscalización que garantan a maior eficacia nos resultados e eviten a duplicidade nas actuacións fiscalizadoras.

2. Para os mesmos efectos, os órganos de referencia remitirán ao Tribunal de Contas, tan pronto como os teñan aprobados ou, de ser o caso, dentro dos prazos legalmente establecidos, os resultados individualizados do exame, comprobación e censura das contas de todas as entidades do sector público autonómico, así como os informes ou memorias anuais acerca das súas respectivas contas xerais e os informes ou memorias, mocións ou notas en que se concrete a análise da xestión económico-financeira das entidades que integren o sector público autonómico ou das subvencións, créditos, avais ou outras axudas do dito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias deberanse remitir acompañados dos antecedentes e do detalle necesarios co obxecto de que o Tribunal de Contas poida examinalos, practicar, de ser o caso, as ampliacións e comprobacións que coide necesarias, e incorporar as súas propias conclusións, se resultar procedente, á memoria anual que se remitirá ás Cortes Xerais ou ás asembleas lexislativas das comunidades autónomas ou ás memorias extraordinarias a

que se refire o artigo 28. 2 da presente lei.

3. O Tribunal de Contas, mediante acordo plenario, poderá solicitar dos órganos de fiscalización externa das comunidades autónomas a práctica de concretas funcións fiscalizadoras, tanto se se refiren ao sector público autonómico como ao estatal.

4. Non obstante o anterior, nas comunidades autónomas que non teñan establecido órgano de control externo, o Tribunal de Contas poderá establecer seccións territoriais para o cumprimento das funcións propias.”

O **Consello de Contas** é o órgano estatutario que realiza o control externo da actividade da Comunidade Autónoma.

O EAG no seu artigo 53.2 sinala que “Sen prexuízo do disposto no artigo 136 e na alínea d) do artigo 153 da Constitución, créase o Consello de Contas de Galicia. Unha lei de Galicia regulará a súa organización e funcionamento e establecerá as garantías, normas e procedementos para asegurar a rendición das contas da Comunidade Autónoma, que deberá someterse á aprobación do Parlamento”.

A Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, de financiamento das comunidades autónomas (en diante, LOFCA), establece no seu artigo 22 a posibilidade de que no control da actividade financeira das comunidades autónomas poidan concorrer o Tribunal de Contas e outras institucións de control que establecesen as comunidades autónomas nos seus estatutos.

Todo o anterior non obsta o establecido polo artigo 136 da Constitución española analizado na epígrafe anterior e polo artigo 153 da CE, que sinala que:

“O control da actividade dos órganos das comunidades autónomas exercerao:

- O Tribunal Constitucional, o relativo á constitucionalidade das súas disposicións normativas con forza de lei.
- O Goberno, logo de ditame do Consello de Estado, o do exercicio de funcións delegadas a que se refire o punto 2 do artigo 150.
- A xurisdición contencioso-administrativa, o da administración autónoma e as súas normas regulamentarias.

- O Tribunal de Contas, o económico e orzamentario”.

En desenvolvemento do artigo 53 do EAG aprobouse a Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas (en diante, LCC).

O CONTIDO DA FACENDA DA COMUNIDADE.

Concepto.

Podemos conceptualizar a Facenda pública en tres sentidos distintos: subxectivo, obxectivo e institucional.

- En sentido subxectivo, a Facenda Pública é a Administración en canto exerce a función de obtención de ingresos e realización de gastos.
- En sentido obxectivo, defínese no artigo 1 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, ao dicir que “a Facenda pública da Comunidade Autónoma de Galicia está constituída polo conxunto de dereitos e obrigacións de contido económico e financeiro cuxa titularidade corresponde á Comunidade Autónoma de Galicia.”

A Facenda pública identifícase co patrimonio da Comunidade Autónoma no seu sentido máis amplo, cuxo lado activo estaría constituído polos recursos integrantes do Tesouro Público e polo resto dos bens e dereitos que integran en sentido técnico xurídico o seu dominio, e o seu pasivo polos débitos, a débeda pública e todas as obrigacións de contido económico cuxo pagamento corresponde ao Tesouro Público.

- Na súa acepción institucional pode configurarse a Facenda pública como un feito ou fenómeno xurídico encadrado nesa institución ou ordenamento xurídico máis amplo e complexo que é a Comunidade Autónoma da cal forma parte.

Regúlase a Facenda da Comunidade Autónoma no título I do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, constituído por dous capítulos que tratan, respectivamente, dos recursos e das obrigacións.

RECURSOS DA FACENDA PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA.

Respecto dos recursos, a Facenda pública da Comunidade Autónoma está constituída por

(artigo 14):

1. Os rendementos dos impostos, taxas e contribucións especiais que estableza a Comunidade Autónoma.
2. Os rendementos dos tributos cedidos polo Estado.
3. A participación nos ingresos do Estado por impostos directos e indirectos incluídos nos monopolios fiscais.
4. As dotacións para a nivelación dos servizos mínimos.
5. O importe dos prezos derivados de servizos prestados pola Comunidade ou pola concesión de canons por aproveitamentos especiais de propia creación ou procedentes de traspasos de servizos estatais.
6. Os ingresos procedentes do Fondo de Compensación Interterritorial ou doutros fondos de análoga natureza.
7. As recargas sobre impostos estatais.
8. Outras asignacións con cargo aos orzamentos xerais do Estado ou doutros entes públicos.
9. O produto da emisión de débeda e o recurso ao crédito.
10. Os rendementos do patrimonio da Comunidade Autónoma.
11. Os ingresos de dereito privado, legados e doazóns.
12. As multas e sancións no ámbito da súa competencia.
13. De ser o caso, as participacións que establezan as leis nos ingresos por tributos do Estado para recuperar os custos sociais producidos por actividades contaminantes e xeradoras de riscos de especial gravidade para o contorno físico e humano de Galicia.
14. As subvencións que poida recibir a Comunidade Autónoma.
15. Calquera outro recurso, de dereito público ou privado, que obteña ou corresponda á Comunidade Autónoma, independentemente da súa natureza ou finalidade.

A lei recolle o principio xeral de non afectación dos ingresos, ao establecer, no seu artigo 15, que os recursos da Comunidade Autónoma galega e de cada un dos seus organismos autónomos se destinarán a satisfacer o conxunto das súas obrigacións respectivas, salvo que nunha norma con rango de lei se estableza a súa afectación para fins determinados.

Polo que respecta á función de **administración dos recursos** da Facenda galega, esta corresponde á consellería competente en materia de Facenda, cos controis que a lei estableza. Non obstante, con idénticos controis, os presidentes, directores ou órganos de administración das entidades autónomas e empresas públicas dotadas de personalidade xurídica propia terán ao seu cargo a administración dos recursos de que dispoñan para o cumprimento dos seus fins.

O artigo 16 do texto refundido que regula este tema recolle tamén que as persoas ou entidades que teñan ao seu cargo a administración dos recursos da Facenda pública galega dependerán da consellería competente en materia de Facenda ou dos órganos de administración dos organismos autónomos, e demais entes públicos, en todo o relativo á súa xestión, aplicación e rendemento de contas.

Ademais, estarán obrigadas á prestación de fianza todas aquelas persoas ou entidades que manexen fondos ou valores públicos, na contía e forma que determinen as disposicións regulamentarias.

Outra das características dos recursos que integran a Facenda pública é a **indispoñibilidade dos recursos**. O artigo 18 do texto refundido regula a dispoñibilidade de bens e dereitos, e recolle que:

1. A xestión dos bens patrimoniais e dos seus rendementos, tanto da Comunidade Autónoma como dos seus organismos autónomos, axustarase ao disposto nas leis do Parlamento de Galicia aplicables en cada caso.
2. Non poderán ser alleados, gravados nin arrendados os dereitos da Facenda da Comunidade Autónoma, salvo nos supostos e nas condicións previstos nas leis.
3. Tampouco se concederán exencións, condonacións, rebaixas nin moratorias no pagamento dos dereitos a favor da Facenda pública galega, salvo nos casos e na forma que se determinen nas leis.

O artigo 22 recolle, respecto da integridade da Facenda pública, que non se poderá transixir sobre os dereitos da Facenda da Comunidade, nin someter a arbitrase os conflitos que se susciten respecto deles, senón mediante decreto acordado pola Xunta.

Con respecto ás **prerrogativas** de que goza a Administración con respecto aos bens e dereitos integrantes do seu patrimonio, establece o artigo 19 as seguintes garantías:

1. Para realizar o cobramento dos tributos e demais recursos de dereito público que lle correspondan, a Facenda pública galega estará en posesión das prerrogativas legalmente establecidas e gozará en todo momento das mesmas facultades e garantías que as demais administracións públicas de ámbito estatal ou territorial.
2. As providencias de constrinximento acreditativas do descuberto ante a Facenda da Comunidade das débedas por tributos e demais ingresos de dereito público, expedidas por funcionarios competentes segundo os regulamentos, serán título suficiente para iniciar o seu cobramento pola vía de constrinximento e terán a mesma forza executiva que a sentenza xudicial para proceder contra os bens e dereitos dos debedores.

Pola súa parte, abundando nas prerrogativas da Administración, o artigo 21 establece:

- As cantidades debidas á Facenda da Comunidade Autónoma devindicarán xuros de demora desde o día seguinte ao do seu vencemento. Inclúense neste punto as cantidades recadadas a través de entidades colaboradoras, contas restrinxidas, oficinas liquidadoras e demais entidades recadadoras por conta da Facenda da Comunidade que non sexan ingresadas polas citadas entidades no Tesouro nos prazos establecidos.
- Excepto o establecido en leis especiais, o xuro de demora resultará da aplicación, para cada ano ou período dos que integran o período de cálculo, do xuro legal fixado na lei de orzamentos do Estado para os citados exercicios.

OBRIGACIÓNS DA FACENDA PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA

Segundo o artigo 24 do texto refundido:

1. As obrigacións económicas da Comunidade Autónoma e dos seus organismos autónomos nacen da lei, dos negocios xurídicos e dos actos ou feitos que conforme dereito as xeren.

En canto á exhibibilidade das obrigacións, establece o número 2 dese mesmo artigo:

2. O pagamento das obrigacións só será exixible á Facenda da Comunidade na medida en que resulte da execución dos seus orzamentos, de sentenza xudicial firme ou de operacións de tesouraría legalmente autorizadas.
3. Cando as obrigacións económicas teñan por causa prestacións ou servizos a favor da Comunidade Autónoma, o pagamento non se poderá realizar mentres o acredor non cumpra ou garanta conforme a lei a súa obrigación correlativa.

Polo que se refire ás **prerrogativas** da Administración nesta materia:

“Os tribunais, xuíces e autoridades administrativas non poderán despachar mandamentos de execución nin providencias de embargo contra os dereitos, fondos, valores e bens da Facenda da Comunidade Autónoma.” (artigo 25.1).

Así mesmo, o cumprimento das resolucións que determinen obrigacións a cargo da Comunidade ou dos seus organismos autónomos corresponderá exclusivamente á autoridade administrativa que sexa competente. Se non hai crédito no orzamento en vigor ou é insuficiente o dispoñible, solicitarase do Parlamento, dentro dos tres meses seguintes á notificación da resolución, a concesión dun crédito extraordinario ou dun suplemento de crédito.

Se a Administración se atrasa no pagamento das súas obrigacións e non se fai efectivo ao acredor no prazo dos tres meses seguintes ao día da notificación da resolución xudicial ou do recoñecemento da propia obrigación, o acredor terá dereito ao pagamento dos correspondentes xuros de demora sobre a cantidade debida, ao tipo establecido no número 2 do artigo 21, sempre que reclame por escrito o cumprimento da obrigación.

En materia de **prescripción**:

- Salvo o establecido nas leis especiais, prescribirán aos cinco anos.
 - ☐ O dereito ao recoñecemento ou á liquidación de toda obrigación, computándose o prazo desde o momento en que esta sexa exixible conforme dereito.
 - ☐ O dereito a exixir o pagamento das obrigacións recoñecidas ou liquidadas. O prazo contarase desde a data de notificación do recoñecemento ou da liquidación da

respectiva obrigación.

- A petición por escrito do recoñecemento ou do cumprimento da obrigación, ou da efectividade do seu pagamento, por parte dos acredores lexítimos, ou dos que se subroguen nos seus dereitos, mediante a presentación dos documentos xustificativos do seu dereito, interromperá a prescrición, segundo o disposto no Código civil, salvo o establecido en leis especiais.
- As obrigacións que prescriban serán dadas de baixa nas contas respectivas, despois da tramitación do oportuno expediente.

MARÍA DEL SOCORRO MARTÍN HIERRO

REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 2

**O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA:
CONCEPTO E NATUREZA. CONTIDO.
ESTRUTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN.**

TEMA 2. O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA: CONCEPTO E NATUREZA. CONTIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN. ¹

1. O ORZAMENTO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA: CONCEPTO E NATUREZA.

1.1.CONCEPTO

A Facenda pública denomina orzamento o plan económico do grupo político gobernante. O orzamento é a expresión contable do plan económico da Facenda pública para un período de tempo determinado.

Así como os plans económicos das familias e das empresas son consubstanciais á aparición destas unidades, o orzamento estatal non aparece ata o século XVIII. As razóns que xustifican esta tardía aparición son, segundo NEUMARK, as seguintes:

- O fraccionamento e dispersión dos asuntos públicos, característicos da economía medieval.
- A escasa importancia do sector público ata chegar aos séculos XVIII e XIX.
- Que o sistema democrático non se xeneralizase ata o século XIX, e o fixese xa estreitamente unido á institución orzamentaria, xa que é o pobo o que elixe o poder lexislativo concretando, nas leis orzamentarias anuais, as preferencias populares ao redor dos servizos públicos desexados e os medios máis aptos para satisfacelos.

Por tanto, o orzamento é un instrumento fundamental para a institución democrática posto que concreta exactamente os límites dentro dos cales o poder lexislativo concede o seu mandato ao poder executivo para a xestión orzamentaria.

1.2. NATUREZA

Hai que analizar aquelas propiedades que o orzamento debe cumprir inescusablemente:

1ª.- Debe constituír un acto de previsión.

2ª.- Supón unha idea de equilibrio entre gastos e ingresos, sen prexuízo de que

1 NOTA. As referencias realizadas ao longo do tema á Consellería de Economía e Facenda responden á actual redacción do TRLRFOG. Porén, dada a actual estrutura orgánica da Xunta de Galicia, deben entenderse realizadas á Consellería de Facenda.

modernamente se defendeu a actuación desequilibrada, en sentido económico, do orzamento durante determinadas fases da actividade ou conxuntura económica e co propósito de lograr o obxectivo da estabilidade económica.

3ª.- Debe ser elaborado de forma regular. Non basta cunha elaboración esporádica, senón que precisa dunha elaboración recorrente e periódica.

4ª.- Debe adoptar unha forma determinada, é dicir, que se exprese en linguaxe contable a través dunha serie de partidas de ingresos e de gastos.

5ª.- O orzamento é unha previsión normativa. É máis que unha simple estimación ou que un simple plan financeiro, xa que obriga o Goberno e a Administración tanto política como xuridicamente. Esta obriga é limitativa en canto a gastos e estimativa en canto a ingresos.

Chegamos, así pois, á rigorosa definición de orzamento dada por NEUMARK como "Resumo sistemático confeccionado en períodos regulares das previsións, en principio obrigatorias, dos gastos proxectados e das estimacións dos ingresos previstos para cubrir os ditos gastos."

A definición legal do orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia recóllese no artigo 46 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro (en diante TRLRFOG), que establece como:

"1. Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma constitúen a expresión cifrada, conxunta e sistemática:

- a) Das obrigacións que, como máximo, se poderán recoñecer e os dereitos que se prevexan liquidar por parte da Comunidade e dos seus organismos autónomos durante o exercicio orzamentario.
- b) Dos obxectivos que se pretendan conseguir coa utilización dos recursos financeiros consignados neles.
- c) Das estimacións dos fluxos financeiros das sociedades públicas.
- d) Da totalidade dos gastos e ingresos dos demais entes públicos.
- e) Dos beneficios fiscais estimados.

2. Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma enmarcaranse nun escenario plurianual que conteña as liñas básicas da actuación a medio prazo do sector público galego.

3. Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma presentaranse e aprobaranse de forma que os estados de gastos non superen os recursos totais previstos nos respectivos estados de ingresos.

4. Logo de autorización do conselleiro de Economía e Facenda poderán xestionarse como operacións extraorxamentarias aquelas en que a actividade da Comunidade Autónoma, dos seus organismos autónomos e das sociedades públicas autonómicas de carácter non mercantil se limite á realización de funcións de intermediación na súa xestión.

En todo caso, terán a consideración de operacións extraorxamentarias aquelas xeradas nos procedementos de liquidación dos patrimonios diferidos a favor da Comunidade Autónoma de Galicia como consecuencia de procesos de sucesión legal intestada.

No momento de adquirir firmeza a resolución de liquidación, procederase a imputar ao orzamento os dereitos e obrigacións que correspondan á Comunidade Autónoma.

2. CONTIDO

O contido dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma regúlase no artigo 48.2 do TRLRFOG, que dispón como "Os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma conterán:

a) Os estados de gastos, nos cales se especificarán na forma establecida os créditos necesarios para dar cumprimento ás obrigacións.

b) Os estados de ingresos, nos cales se detallarán as estimacións dos dereitos económicos que se liquidarán durante o exercicio orxamentario.

c) Os estados financeiros dos organismos autónomos comerciais, industriais ou financeiros a que fai referencia o artigo 11 desta lei.

d) Os estados financeiros das sociedades públicas autonómicas, entes de dereito público e demais entidades con personalidade xurídica propia que formen parte do sector das administracións públicas, segundo o Sistema europeo de contas.

Ademais, o artigo 48.1 do TRLRFOG establece como os orzamentos xerais da Comunidade

Autónoma estarán integrados:

- a) Polo orzamento da Comunidade.
- b) Polos orzamentos dos organismos autónomos.
- c) Polos orzamentos das axencias públicas autonómicas.
- d) Polos orzamentos de explotación e de capital das sociedades mercantís do artigo 12 desta lei e daquelas en que concorran os requisitos determinados polo Sistema europeo de contas para integrarse no sector da Administración pública autonómica de Galicia.
- e) Polos orzamentos dos entes públicos a que fai referencia o artigo 12 desta lei.
- f) Polos orzamentos de explotación e capital das fundacións do sector público autonómico en que concorran os requisitos determinados polo Sistema europeo de contas para integrarse no sector da Administración pública autonómica de Galicia.
- g) Polos orzamentos dos consorcios en que concorran os requisitos determinados polo Sistema europeo de contas para integrarse no sector da Administración pública autonómica de Galicia.
- h) En todo caso, polos orzamentos das demais entidades que estean clasificadas como Administración pública da Comunidade Autónoma de Galicia de acordo coas normas do Sistema europeo de contas, salvo as universidades públicas.

3. ESTRUCTURA

Segundo o artigo 49 do TRLRFOG, os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma axustaranse, en canto á súa estrutura, ás seguintes regras:

Os **estados de gastos** confeccionaranse aplicando unha clasificación funcional por programas. Así mesmo, as clasificacións orgánica e económica informarán, respectivamente, sobre o axente que realiza o gasto e a natureza deste.

Para cada programa de gasto estableceranse os obxectivos que se pretenden conseguir cos recursos que se lle asignen así como, sempre que sexa posible, os indicadores de seguimento que se consideren adecuados para analizar o seu grao de consecución.

Presentaranse con separación os gastos correntes e os gastos de capital, e a súa clasificación económica rexerase polos seguintes criterios:

1. Nos créditos para gastos correntes distinguíranse os de funcionamento dos servizos, os gastos financeiros e as transferencias correntes.
2. Nos créditos para gastos de capital distinguíranse os de investimentos reais, as transferencias de capital e as variacións de activos e pasivos financeiros.

Os **estados de ingresos** presentarán unha clasificación económica, distinguindo os correspondentes a operacións correntes e a operacións de capital.

3.1. ESTRUCTURA DO ORZAMENTO DE INGRESOS

Comprende, pola súa vez, dúas clasificacións:

- Clasificación orgánica: a través desta clasificación identifícase o órgano ou unidade a que se lle asignan os ingresos estimados.

No caso da Comunidade Autónoma de Galicia, a clasificación orgánica correspóndese cun único centro xestor na Administración xeral e con centros de xestión diferenciados para cada un dos organismos autónomos e axencias públicas.

- Clasificación económica: consiste na ordenación dos recursos que se prevexa liquidar, segundo a súa natureza económica; clasifícanse por capítulos, artigos, conceptos e subconceptos.

Esta clasificación económica realiza unha agrupación dos ingresos en capítulos en función da natureza das operacións que integra, isto é, operacións correntes e operacións de capital.

3.2. ESTRUCTURA DO ORZAMENTO DE GASTOS

O orzamento de gastos estrutúrase tendo en conta as finalidades e obxectivos que o orzamento pretende conseguir, adecuándose á clasificación económica, orgánica e funcional por programas.

Ademais do anterior, a totalidade dos créditos do orzamento de gastos deberán configurarse por códigos de proxecto ou actuación baixo a cal se identifican as unidades básicas de gastos. As ditas unidades de gastos reflectirán, se fose o caso, a clasificación territorial.

4. ELABORACIÓN

É o artigo 51 do TRLRFOG o que establece como o procedemento para a elaboración dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma se axustará ás seguintes normas:

1. Os órganos estatutarios da Comunidade Autónoma e as consellerías remitirán á de Economía e Facenda antes do 1 de xullo os seus respectivos estados de gastos debidamente documentados e axustados ás normas que lles sexan aplicables e ás directrices establecidas pola Xunta.

2. Dentro do mesmo prazo e coas mesmas formalidades indicadas no punto anterior, cada unha das consellerías remitirá:

a) Os anteprojectos de orzamentos de gastos e ingresos dos organismos autónomos que teñan adscritos, formando un só orzamento para cada organismo, incluíndo nos que teñan carácter comercial, industrial ou financeiro os estados financeiros a que fai referencia o artigo 82 da presente lei.

b) Os anteprojectos de orzamentos de ingresos e gastos dos entes públicos a que fai referencia o artigo 12 desta lei que lle estean adscritos.

c) Os anteprojectos de orzamentos de explotación e capital das sociedades públicas que teñan adscritas.

3. O anteprojecto de orzamento de ingresos da Comunidade Autónoma en que se recolla a estimación dos recursos derivados das súas fontes xerais de financiamento elaborarao a Consellería de Economía e Facenda.

4. Tendo en conta os estados de ingresos e gastos mencionados e o marco macroeconómico en que se conteña a previsible actividade económica do exercicio orzamentario seguinte, a Consellería de Economía e Facenda formulará o anteprojecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma e someterao a acordo da Xunta.

5. Xunto co anteprojecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma remitirase ao Consello da Xunta a seguinte documentación:

a) A conta consolidada dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.

b) Unha memoria explicativa do seu contido e das principais diferenzas existentes neles en

relación co orzamento en vigor.

c) A liquidación dos orzamentos do ano anterior e un avance dos do exercicio corrente.

d) Un informe económico e financeiro.

e) Un anexo de investimentos reais, que conterá a valoración dos proxectos de investimento público que se van realizar e a súa distribución territorial. No caso de investimentos plurianuais, indicárase o investimento de cada ano.

Dentro do dito anexo de investimentos reais distinguiranse os proxectos de investimento en vinculantes e non vinculantes. Os créditos destinados a proxectos de investimento aos cales se lles dea carácter vinculante non poderán destinarse ao financiamento doutros proxectos, salvo por autorización do conselleiro de Economía e Facenda.

Trimestralmente comunicáraselle á Comisión 3ª, de Economía, Facenda e Orzamentos do Parlamento de Galicia, a relación das autorizacións realizadas, en caso de habelas.

f) Un anexo de transferencias.

g) Un anexo de persoal.

5. APROBACIÓN

5.1. TRAMITACIÓN NO PARLAMENTO DE GALICIA

O artigo 52 do TRLRFOG regula a remisión ao Parlamento de Galicia do proxecto de lei de orzamentos de forma que: “o proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, xunto coa documentación establecida no número 5 do artigo 51, remitirase ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, para os efectos do artigo 53.1 do Estatuto de autonomía de Galicia.”

Con respecto aos orzamentos das deputacións provinciais, o artigo 53 do TRLRFOG establece como a Xunta remitirá igualmente ao Parlamento de Galicia os orzamentos das deputacións provinciais, para os efectos previstos na disposición adicional terceira do Estatuto de autonomía e na Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia.

Con respecto á tramitación do proxecto de lei de orzamentos no Parlamento de Galicia, o procedemento régulase no Regulamento do parlamento, que goza de preferencia na tramitación con respecto aos demais traballos da Cámara.

1º) Emendas:

Unha vez recibido o proxecto de lei, a Mesa do Parlamento mandará que se publique e que se abra o prazo de emendas para que, oída a Xunta de Portavoces, se tramiten na comisión correspondente.

Unha vez publicado o proxecto de lei de orzamentos, os deputados e os grupos parlamentarios terán un prazo de quince días para presentar emendas a este mediante escrito dirixido á Mesa da Comisión. O escrito de emendas deberá levar a sinatura do portavoz do grupo a que pertenza o deputado ou da persoa que o substitúa, para os meros efectos de coñecemento. A omisión deste trámite poderá emendarse antes do comezo da discusión en Comisión.

As emendas poderán ser á totalidade ou ao articulado.

- Emendas á totalidade: serán emendas á totalidade aquelas que versen sobre a oportunidade, os principios ou o espírito do proxecto de lei. Postulan dúas posibles solucións:

a) A devolución do proxecto de lei ao Goberno da Xunta.

b) Substitución por un texto completo alternativo ao do proxecto.

Estas emendas á totalidade só poderán ser presentadas polos grupos parlamentarios ou por un deputado coa sinatura doutros catro.

- Emendas ao articulado: poderán ser de supresión, modificación ou adición. Nos dous últimos supostos, a emenda deberá conter o texto concreto que se propoña.

As emendas ao proxecto de lei de orzamentos que supoñan aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios requirirán a conformidade da Xunta de Galicia para a súa tramitación. Para ese efecto, a ponencia encargada de redactar o informe remitirá á Xunta de Galicia, por conduto da Presidencia do Parlamento, as que supoñan o dito aumento ou diminución.

A Xunta de Galicia deberá dar resposta razoada no prazo de quince días, transcorrido o cal se entenderá que o silencio da Xunta expresa conformidade. O informe que emita a Xunta de Galicia terá por obxecto avaliar os efectos que tería a admisión da emenda desde un

punto de vista técnico e as circunstancias polas cales sería ou non conveniente a súa admisión.

A Xunta de Galicia poderá manifestar a súa desconformidade coa tramitación de emendas que supoñan aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios en calquera momento da tramitación, de non ser consultada na forma que sinalan os apartados anteriores.

En calquera caso, aquelas emendas ao proxecto de lei de orzamentos que supoñan aumento de créditos nalgún concepto unicamente poderán ser admitidas a trámite se, ademais de cumprir os requisitos xerais, propoñen unha baixa de igual contía na mesma sección.

2º) Debate de totalidade:

Se se presentasen emendas á totalidade, o Pleno do Parlamento realizará o debate de totalidade do proxecto de lei de orzamentos. Neste caso, o presidente da Comisión trasladará ao presidente do Parlamento de Galicia as emendas á totalidade que se presentasen para incluílas na orde do día da sesión plenaria en que deban debaterse.

O debate de totalidade do proxecto de lei de orzamentos será único, e acumularanse nel tanto as emendas que postulen a súa devolución global como a de calquera sección ou centro xestor de gastos. O debate de totalidade desenvolverase conforme o establecido no Regulamento do Parlamento de Galicia para os deste carácter, aínda que unha vez defendidas todas as emendas. Para a súa defensa, os grupos que as formularon terán un tempo proporcional entre trinta e corenta e cinco minutos. Só estas emendas terán efectos devolutivos para o proxecto.

A continuación, debateranse as emendas que afecten a contía global dos estados dos orzamentos ou que transfiran créditos entre seccións. Para a súa defensa cada grupo parlamentario disporá dun tempo proporcional entre quince e trinta minutos.

O debate do orzamento referirase ao articulado e ao estado de autorización de gastos. Todo iso sen prexuízo do estudo doutros documentos que deban acompañar aquel.

O presidente da Comisión e o da Cámara, de acordo coas súas respectivas mesas, poderán ordenar os debates e votacións na forma que máis se acomode á estrutura do orzamento.

O debate final dos orzamentos no Pleno da Cámara desenvolverase diferenciando o conxunto do articulado da lei e cada unha das súas seccións.

Se o Pleno acordase a devolución do proxecto, este quedará rexeitado e o presidente do Parlamento de Galicia comunicarllo ao da Xunta. En caso contrario, remitirase á Comisión para proseguir a súa tramitación.

Se o Pleno aprobase unha emenda á totalidade das que propoñan un texto alternativo, darase traslado deste á comisión correspondente, publicarase no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia e abrirase un novo prazo de presentación de emendas, que só poderán formularse sobre o articulado.

3º) Debate en Comisión:

Finalizado o debate de totalidade, se o houber, e en todo caso o prazo de presentación de emendas, a Comisión nomeará no seu seo un ou varios ponentes para que, á vista do texto e das emendas presentadas ao articulado, redacten un informe no prazo de quince días. Concluído o informe da Ponencia, comezará o debate en Comisión, que se fará artigo por artigo.

Durante a discusión dun artigo, a Mesa poderá admitir a trámite novas emendas que presente neste momento por escrito un membro da Comisión, sempre que sexan:

- Emendas transaccionais: isto é, emendas que tendan a alcanzar un acordo por aproximación entre as emendas xa formuladas e o texto do artigo.
- Emendas técnicas: isto é, emendas que teñan por finalidade emendar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

O ditame da Comisión, asinado polo seu presidente e polo secretario, remitirase ao presidente do Parlamento para os efectos da tramitación subseguinte que proceda.

Os grupos parlamentarios e deputados, dentro das corenta e oito horas seguintes á data de terminación do ditame, en escrito dirixido ao presidente da Cámara, deberán comunicar os votos particulares e emendas que, despois de ser defendidas e votadas en Comisión e non incorporadas ao ditame, pretendan defender no Pleno.

4º) Debate no Pleno

O debate no Pleno comezará coa presentación do ditame da Comisión que faga o presidente desta durante un tempo de dez minutos. A continuación, os grupos parlamentarios disporán sucesivamente dunha quenda de quince minutos para explicar a súa posición sobre o ditame da Comisión e, de ser o caso, defender as emendas e os votos particulares non incorporados a el e que oportunamente reservasen.

O debate pecharase con outra quenda de cinco minutos para que sucesivamente os grupos se definan sobre as emendas e os votos particulares defendidos polos demais.

A Presidencia da Cámara someterá a votación as emendas e os votos particulares mantidos, e incorporaranse ao texto os que resulten aprobados.

Durante o debate, a Presidencia poderá admitir emendas que teñan por finalidade emendar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticales.

Só se poderán admitir a trámite as emendas de transacción entre as xa presentadas e o texto do ditame, cando se formulen por escrito e ningún grupo parlamentario se opoña á súa admisión.

Finalmente, a Presidencia someterá a votación o ditame da Comisión coas emendas e cos votos particulares que fosen incorporados.

Terminado o debate dun proxecto se, como consecuencia da aprobación dun voto particular ou dunha emenda ou da votación dos artigos, o texto resultante puidese ser incongruente ou escuro nalgún dos seus puntos, a Mesa da Cámara poderá, por iniciativa propia ou por petición da Comisión, enviar o texto aprobado polo Pleno de novo á Comisión, co único fin de que esta, no prazo dun mes, efectúe unha redacción harmónica que deixe a salvo os acordos do Pleno. O ditame así redactado someterase á decisión final do Pleno, que deberá aprobalo ou rexeitalo no seu conxunto, nunha soa votación.

5.2. PRÓRROGA DOS ORZAMENTOS XERAIS

É o artigo 54 do TRLRFOG o que regula a posible prórroga dos orzamentos de forma que, se a lei de orzamentos xerais non fose aprobada polo Parlamento de Galicia antes do primeiro día do exercicio económico en que teña que aplicarse, se considerarán automaticamente prorrogados os do exercicio inmediato anterior.

A Consellería de Economía e Facenda (Consellería de Facenda na actualidade) poderá

elaborar, de ser o caso, os correspondentes estados de gastos en que se detallarán os importes dos créditos prorrogados. Os ditos importes serán o resultado de realizar nos créditos iniciais do orzamento prorrogado as operacións seguintes:

- a) Excluíranse aqueles gastos que correspondan a actuacións que deban quedar ultimadas ao finalizar o exercicio cuxos orzamentos se prorrogan, así como aqueles que non se consideren necesarios para o exercicio que se inicia.
- b) Nos indicados estados de gastos incluíranse aqueles créditos que correspondan a actuacións de urxente iniciación ou cobertura, sempre que teñan cabida dentro das baixas motivadas polo indicado na letra a) anterior.
- c) O conselleiro de Economía e Facenda determinará qué modificacións orzamentarias das realizadas durante o exercicio cuxos orzamentos se prorrogan se consolidarán nos estados de gastos a que fai referencia a letra a).

Durante o período de prórroga será aplicable aos estados de gastos resultantes do disposto no apartado anterior o contido no capítulo II deste título III relativo ás modificacións de crédito.

Unha vez aprobados os orzamentos xerais da Comunidade, procederase a imputarlles as operacións realizadas durante o período de prórroga, de acordo coas instrucións que para o efecto dite a Consellería de Economía e Facenda.

En caso de non existir nos orzamentos aprobados créditos aos cales imputarlles expedientes de gasto tramitados durante o período de prórroga, a consellería ou o organismo autónomo afectado propondrá á Consellería de Economía e Facenda aqueles créditos do orzamento aprobado con cargo aos cales deberá efectuarse a imputación.

A Consellería de Economía e Facenda confeccionará, así mesmo, os estados de ingresos que terán vixencia durante o período de prórroga e que se elaborarán en función das previsións que poidan derivar ben da liquidación dos orzamentos de ingresos do exercicio prorrogado ou de calquera outro dato válido para sustentar as ditas previsións, sempre que non supoña a introdución de ningún cambio na normativa legal vixente durante cuxo exercicio se prorroga o orzamento.

O texto da lei de orzamentos correspondente aos que se prorrogan tamén se prorrogará

nos seus propios termos, excepto aquelas disposicións que polas súas propias características só puidesen ter exclusiva vixencia durante o respectivo ano natural.

6. AS LEIS ANUAIS DE ORZAMENTOS

As leis anuais de orzamentos non se limitan a incluír os estados cifrados de gastos e ingresos, senón que ademais inclúen a través do seu articulado unha serie de normas materiais reguladoras de diversos aspectos relacionados coa actividade económica do sector público.

Así, era tradicional que nas leis de orzamentos se incluíse unha serie interminable de disposicións que en moitos casos nin sequera estaban relacionadas co propio orzamento.

Desta forma incluíanse disposicións da seguinte natureza:

- a) Normas relativas a obrigacións a cargo da Facenda pública creadas por leis substantivas pero necesitadas para a súa efectividade de dotar os órganos administrativos encargados da súa xestión de crédito orzamentario suficiente, tales como as normas sobre retribucións dos funcionarios ou pensións públicas.
- b) Outro conxunto de preceptos que modifican normas tributarias, para adaptar o sistema tributario á cambiante realidade económica e social.
- c) Outro conxunto de disposicións a través das cales se regulan materias que, sen seren estritamente orzamentarias, si que inciden na política de gastos e ingresos do sector público.
- d) Por último, un conxunto doutras normas dificilmente encaixables na materia orzamentaria.

Parte da doutrina viña criticando a tendencia para aproveitar a lei de orzamentos para a introdución da normativa máis variada. Así, RODRÍGUEZ BEREIJO cualificábaas como *totum revolutum*. A súa verdadeira función debería ser unicamente a de dar validez ao plan económico elaborado polo Goberno, sobre cuxa alteración o Parlamento posúe importantes limitacións. Así, por exemplo, as emendas ao proxecto de lei de orzamentos que supoñan aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios requirirán a conformidade da Xunta de Galicia para a súa tramitación.

Resultaba, por tanto, necesario distinguir entre normas orzamentarias *strictu sensu* e outro tipo de normas. A inclusión das primeiras nas leis anuais de orzamentos parece lóxica e así o entende tamén o Tribunal Constitucional, que considera que, xunto ao núcleo central dos estados de ingresos e gastos, tamén se poden incluír (Sentenza do Tribunal Constitucional 63/1986, do 21 de maio) “disposicións relativas a materias non asimilables ao estado de gastos e ingresos, pero de conveniente regulación conxunta pola súa relación técnica e instrumental con el para os efectos da orientación da política económica”. Ademais, o Tribunal Constitucional resolveu en distintas sentenzas (27/1981, 76/1992 e 195/1994) limitando o contido das leis anuais de orzamentos.

ALMUDENA CHACÓN PICHEL

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 3.

**MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS. CRÉDITOS
EXTRAORDINARIOS E SUPLEMENTOS DE
CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES.
TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.**

TEMA 3. MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS E SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. XERACIÓN DE CRÉDITO.¹

1. MODIFICACIÓNS ORZAMENTARIAS.

Malia o carácter limitativo e vinculante dos créditos orzamentarios, as leis que regulan o orzamento admiten certa flexibilidade na execución en atención ás circunstancias cambiantes que poden acontecer.

A flexibilidade pode producirse:

a) Pola posibilidade de establecer o **nivel de vinculación** dos créditos. Así, no artigo 56.2 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro (en diante TRLRFOG), establécese a regra xeral de vinculación, de forma que os créditos teñen carácter limitativo e vinculante a nivel de concepto.

Porén, os créditos destinados a gastos de persoal (capítulo I), excepto os que se refiren a incentivos ao rendemento, e os gastos en bens correntes e servizos (capítulo II) terán carácter vinculante a nivel de artigo.

En todo caso, terán carácter vinculante, co nivel de desagregación económica con que aparezan nos estados de gastos, os créditos destinados a atencións protocolarias e representativas e os declarados ampliables conforme o artigo 64 desta lei.

b) Pola posibilidade de autorizar **modificacóns orzamentarias**.

Todo acordo de modificación orzamentaria deberá indicar expresamente, ademais da sección ou ente público a que se refira, o programa, servizo ou organismo autónomo, artigo, concepto e subconcepto, de ser o caso, afectados por ela, mesmo naqueles casos en que o crédito se consigne ou sexa vinculante a nivel de artigo.

A correspondente proposta de modificación orzamentaria deberá expresar ineludiblemente

1 NOTA. As referencias realizadas ao longo do tema á Consellería de Economía e Facenda responden á actual redacción do TRLRFOG. Porén, dada a actual estrutura orgánica da Xunta de Galicia, deben entenderse realizadas á Consellería de Facenda.

a incidencia desta na consecución dos obxectivos previstos, así como as razóns que a xustifican.

As modificacións orzamentarias son as seguintes:

- Créditos extraordinarios e suplementos de crédito (artigo 62 do TRLRFOG)
- Ampliacións de crédito (artigo 64 do TRLRFOG)
- Transferencias de crédito (artigo 68 do TRLRFOG)
- Xeracións de crédito (artigo 69 do TRLRFOG)
- Reposición (artigo 70 do TRLRFOG)
- Incorporacións de crédito (artigo 71 do TRLRFOG)

Con respecto á competencia para autorizar as modificacións orzamentarias, estas regúlanse nos artigos 65, 66 e 67 do TRLRFOG, así como nas leis anuais de orzamentos. As ditas competencias analizaranse no momento de estudar as respectivas modificacións orzamentarias. Con todo, no artigo 66 do TRLRFOG regúlase tanto a facultade da Consellería de Economía e Facenda para resolver aqueles expedientes de modificacións orzamentarias, nos supostos en que estes estean atribuídos aos titulares das distintas consellerías e exista discrepancia na consellería respectiva co informe da intervención delegada, como a facultade para introducir nos estados de gastos as modificacións precisas para adecuar os créditos afectados por transferencias finalistas procedentes dos orzamentos xerais da Administración do Estado e das Comunidades Europeas, e os demais recursos de igual carácter e procedencia. Esta autorización implicará o aumento ou a diminución das consignacións previstas, así como a incorporación ou creación dos correspondentes conceptos orzamentarios, se así procede.

2. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS E SUPLEMENTOS DE CRÉDITO.

De acordo co artigo 62 do TRLRFOG, cando deba realizarse algún gasto con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma que non poida demorarse ata o exercicio seguinte e non exista crédito nos estados de gastos, ou sexa insuficiente e non ampliable o consignado, o conselleiro de Economía e Facenda, logo de informe da dirección xeral competente en materia de orzamentos, someterá ao acordo da Xunta, para a súa remisión

ao Parlamento, un proxecto de lei de concesión dun crédito extraordinario no primeiro caso ou dun suplemento de crédito no segundo, no cal se especificarán necesariamente os recursos con que se financiará o gasto que por estas causas se xera, e o detalle do concepto orzamentario que se debe crear ou que é suplementado.

Con todo, se a necesidade de crédito extraordinario ou de suplemento de crédito se produce nun organismo autónomo e non supoñen aumento nos créditos do orzamento da Comunidade Autónoma, observaranse as seguintes normas:

- a) A súa concesión será facultade do conselleiro de Economía e Facenda se o seu importe non excede o 5% do orzamento de gastos do organismo autónomo correspondente, e da Xunta de Galicia cando, superando a dita porcentaxe, non exceda o 10% do citado orzamento de gastos. Estas porcentaxes aplicaranse de forma conxunta e acumulada para ambas as clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.
- b) No expediente de modificación orzamentaria emitirá informe a consellería a que estea adscrito o organismo autónomo que o promova, xustificará debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propondrá os recursos con que se financiará o incremento que se propón.
- c) A Xunta de Galicia dará conta trimestralmente ao Parlamento de Galicia dos créditos extraordinarios e suplementos de crédito concedidos ao abeiro do previsto na letra a) anterior.

O artigo 63 do TRLRFOG regula os **anticipos de tesouraría** de forma que a Xunta de Galicia, por proposta do conselleiro de Economía e Facenda, poderá excepcionalmente conceder anticipos de tesouraría para atender gastos inaprazables, ata un límite do 2% dos créditos autorizados pola lei de orzamentos xerais da Comunidade, nos seguintes casos:

- a) Cando, dentro da tramitación do expediente de crédito extraordinario ou suplemento de crédito, recaese acordo favorable da Xunta para remitirille ao Parlamento o correspondente proxecto de lei.
- b) Cando se promulgue unha lei na cal se establezan obrigacións para cuxo cumprimento sexa precisa a concesión dun crédito extraordinario ou dun suplemento de crédito.

c) Se o Parlamento de Galicia non aprobase o proxecto de lei de concesión de crédito extraordinario ou do suplemento de crédito, o importe do anticipo de tesouraría será cancelado mediante minoración nos créditos que ocasionen menor trastorno nos servizos públicos da respectiva consellería ou organismo autónomo.

3. CRÉDITOS AMPLIABLES (artigo 64 do TRLRFOG).

De conformidade co artigo 66.g) do TRLRFOG, correspóndelle á conselleira de Facenda a autorización das ampliacións de crédito cando estes teñan tal carácter por disposición de lei.

O artigo 64 enumera qué créditos teñen excepcionalmente a condición de créditos ampliables:

- a) Aqueles que se especifiquen de maneira singular na Lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma e coas condicións que nela se determinen.
- b) Os que se destinen a cubrir os gastos dos servizos traspasados pola Administración do Estado, cando sexan ampliadas as transferencias nas respectivas materias e polo importe do custo efectivo de todas as ampliacións, mentres este non se integre na base de cálculo para obter a porcentaxe da participación nos ingresos do Estado.
- c) As cotas de Seguridade Social e a prestación familiar, así como as achegas que, de ser o caso, lle corresponda efectuar á Comunidade Autónoma ao réxime de previsión social dos seus funcionarios.
- d) Os que se destinen ao pagamento de xuros, amortizacións do principal e gastos derivados da débeda pública emitida pola Comunidade Autónoma ou a operacións de crédito concertadas por ela.
- e) Os créditos destinados á cobertura de necesidades de toda clase motivadas por sinistros, catástrofes ou outros de recoñecida urxencia, correspondentes a gastos en bens correntes e de servizos.
- f) Os destinados ao pagamento de produtos farmacéuticos procedentes de receitas médicas.
- g) Os créditos cuxa execución corresponda a unha consellería e que a súa contía se

module pola achega doutras consellerías ou organismos autónomos, logo de retención do crédito correspondente nos estados de gasto afectados. A estes créditos non lles serán aplicables as limitacións a que se refire o artigo 68 desta lei.

En todo caso, o expediente de ampliación de créditos deberá establecer a fonte de financiamento da dita ampliación, distinguindo se este se financia con retencións noutros créditos, con maiores recursos que se vaian obter, con remanente de tesouraría, con endebedamento dentro dos límites autorizados ou con outras formas de financiamento que non entrañen déficit orzamentario.

Anualmente as leis de orzamentos establecen outros supostos de créditos coa condición de ampliables. Así, a Lei de orzamentos para o ano 2011 estableceu no seu artigo 8 que terán excepcionalmente condición de ampliables, entre outros, os créditos seguintes:

- a) Os destinados ao pagamento dos premios de cobranza autorizados pola recadación de tributos e demais ingresos de dereito público.
- b) Os destinados a satisfacer as cantidades que deben percibir as persoas titulares de oficinas liquidadoras dos distritos hipotecarios.
- c) As obrigacións contraídas no exterior e que deban ser pagadas en divisas de cambio variable, pola diferenza existente entre o tipo de cambio previsto e o seu importe real no momento do pagamento.
- d) Os destinados ao pagamento das obrigacións derivadas de xuros de operacións de crédito avaladas pola Comunidade Autónoma.
- e) Os créditos de transferencias a favor da Comunidade Autónoma que figuren nos orzamentos de gastos dos organismos autónomos e das axencias públicas autonómicas ata o importe dos remanentes de tesouraría que resulten como consecuencia da súa xestión.
- f) Os destinados ao pagamento de prestacións familiares, por fillos menores de tres anos ao seu cargo, a persoas que non están obrigadas a presentar declaración polo imposto sobre a renda das persoas físicas.
- g) Os destinados ao pagamento da liquidación de exercicios anteriores que corresponde ao Fondo de Cooperación Local.

h) Os créditos vinculantes incluídos nas aplicacións 120.20, «Substitucións de persoal non docente», 120.21, «Substitucións de persoal docente», e 120.22, «Regularización da parte proporcional das vacacións dos substitutos docentes», que se considerarán ampliables unicamente con retencións noutros créditos do capítulo I da propia sección orzamentaria ou organismo autónomo.

i) Os destinados ao pagamento de axudas directas a mulleres vítimas de malos tratos.

j) Os destinados ao Fondo de Garantía de Avais, ampliación que se financiará con baixas nas correspondentes ao Instituto Galego de Promoción Económica.

4. TRANSFERENCIAS.

A pesar de non estar definidas no TRLRFOG, podemos dicir que é a modificación máis habitual do orzamento consistente en minorar un ou máis créditos para incrementar un ou outros créditos. Por tanto, non inciden no gasto público xa que se trata de operacións internas que non alteran o equilibrio orzamentario.

4.1. COMPETENCIAS.

En primeiro lugar, o artigo 65 do TRLRFOG regula aquelas transferencias de crédito cuxa autorización é competencia do **Consello da Xunta de Galicia**, por proposta do conselleiro de Economía e Facenda, e por iniciativa das consellerías correspondentes:

a) Autorizar transferencias de créditos entre programas incluídos en distinto grupo de función, correspondentes a servizos ou organismos autónomos dunha mesma consellería.

b) Autorizar transferencias de créditos entre un ou varios programas incluídos na mesma función, correspondentes a servizos ou organismos autónomos de diferentes consellerías.

c) Autorizar transferencias de crédito entre programas incluídos en distintas funcións, correspondentes a servizos ou organismos autónomos de diferentes consellerías, sempre que se trate de reorganizacións administrativas ou que se produzan como consecuencia da aplicación dos recursos procedentes do Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional ou do Fondo Social Europeo.

d) Autorizar transferencias de créditos por proposta do conselleiro de Economía e Facenda das dotacións non utilizadas nos programas das distintas seccións do orzamento aos

distintos conceptos do programa de imprevistos e funcións non clasificadas, habilitando os créditos que sexan necesarios para a súa posterior reasignación.

De cada unha das modificacións autorizadas polo Consello da Xunta darase conta de modo singular, no prazo máximo de trinta días, á Comisión de Economía, Facenda e Orzamentos, con remisión de copia do correspondente expediente.

No artigo 66 do TRLRFOG regúlanse as facultades da **Consellería de Economía e Facenda**, de forma que corresponden ao conselleiro de Economía e Facenda, ademais das competencias xenéricas atribuídas aos titulares das consellerías, as seguintes de carácter específico:

- a) Autorizar transferencias de crédito entre un ou varios programas incluídos na mesma ou distinta función, dentro do mesmo grupo de funcións, correspondentes a servizos ou organismos autónomos dunha mesma consellería, coa creación de novos conceptos orzamentarios, se iso fose preciso.
- b) Autorizar transferencias de créditos desde o programa de imprevistos e funcións non clasificadas aos conceptos e artigos dos demais programas de gasto, calquera que sexa a función ou sección a que corresponda.

A consellería ou o organismo autónomo que solicite a transferencia deberá xustificar a imposibilidade de atender as insuficiencias mediante reaxuste dos seus créditos. Para ese efecto, deberá procederse a unha revisión de conxunto dos oportunos programas de gasto, poñendo de manifesto as desviacións que na consecución dos obxectivos previstos motivaría a modificación orzamentaria proposta.

Por último, o artigo 67 regula as facultades dos **conselleiros** en materia de modificacións orzamentarias, de forma que os titulares das consellerías poderán autorizar, logo de informe da intervención delegada correspondente, as transferencias de créditos entre diferentes conceptos do capítulo II, dun mesmo programa, correspondentes a un mesmo ou diferente servizo ou organismo autónomo dependente da consellería, sempre que non afecten os créditos de atencións protocolarias ou representativas nin supoñan desviación na consecución dos obxectivos previstos para o programa respectivo.

En todo caso, unha vez autorizadas as modificacións orzamentarias, remitiranse á

dirección xeral competente en materia de orzamentos da Consellería de Economía e Facenda, para instrumentar a súa execución.

4.2. LIMITACIÓNS

Para as transferencias de crédito establécese no artigo 68 do TRLRFOG unha serie de limitacións que pasamos a analizar a continuación.

Porén, convén salientar que o artigo 68.3 establece como estas limitacións non afectarán as transferencias de créditos que se refiran ao programa de imprevistos e funcións non clasificadas ou realizadas ao abeiro do artigo 60.2 da dita lei, nin serán de aplicación cando se trate de créditos modificados a consecuencia de reorganizacións administrativas, de acordos de transferencias de servizos ou que amparen gastos financiados exclusivamente ou cofinanciados con transferencias finalistas do Estado ou con fondos da Unión Europea.

As limitacións establecidas no artigo 68 son a seguintes:

1. Non afectarán os créditos ampliáveis nin os extraordinarios concedidos durante o exercicio.
2. Non poderán minorarse os créditos incorporados como consecuencia de remanentes de exercicios anteriores nin os que fosen incrementados con suplementos ou transferencias, salvo cando afecten os créditos de persoal.
3. Non poderán incrementarse créditos que como consecuencia doutras transferencias fosen obxecto de minoración, salvo cando afecten o crédito de persoal.

5. XERACIÓN DE CRÉDITOS (artigo 69 do TRLRFOG).

As xeracións son, xunto coas transferencias de crédito, as únicas modificacións orzamentarias que non alteran o equilibrio orzamentario, posto que unicamente se poderán xerar se con anterioridade se produciu un ingreso.

De conformidade co artigo 66.f) do TRLRFOG, correspóndelle á conselleira de Facenda a competencia para autorizar as xeracións de crédito previstas no artigo 69.

Así, o artigo 69 dispón como poderán xerar crédito nos estados de gastos dos orzamentos os ingresos efectivos, os dereitos liquidados e os compromisos firmes de ingresos

derivados das seguintes operacións:

- a) Achegas doutras administracións públicas ou de persoas físicas ou xurídicas para financiar gastos que, pola súa natureza, estean comprendidos nos fins ou obxectivos encomendados á Comunidade Autónoma ou aos seus organismos autónomos.
- b) Alleamento de bens da Comunidade ou dos seus organismos autónomos.
- c) Prestación de servizos.
- d) Reembolso dos préstamos destinados a atencións sociais e á promoción e ao fomento da actividade económica e cultural de Galicia.
- e) Créditos do exterior para financiar investimentos públicos.

As xeracións de crédito a que se fai referencia no número anterior unicamente poderán realizarse polo exceso de ingresos sobre as cifras inicialmente orzadas, e cando deriven de operacións incluídas na letra c) destinaranse unicamente a cubrir gastos da mesma natureza que os que se orixinaron pola prestación do servizo.

As xeracións de crédito efectuaranse no mesmo exercicio en que se produciu o ingreso, salvo cando teña lugar no último trimestre do ano ou cando se trate de fondos procedentes da Unión Europea ou da Administración central do Estado, casos en que poderá xerarse crédito no exercicio seguinte, sempre que se xustifique a imposibilidade de ter tramitada a xeración no mesmo exercicio en que se produciu o ingreso. Neste caso, o límite a que se refire o apartado anterior entenderase referido ao orzamento de orixe.

6. OUTRAS MODIFICACIÓNS

6.1 REPOSICIÓN DE CRÉDITOS (artigo 70 do TRLRFOG).

De conformidade co artigo 66 do TRLRFOG, correspóndelle á conselleira de Facenda a competencia para autorizar as reposicións de crédito previstas no artigos 70.

Os ingresos derivados do reintegro de pagamentos indebidos con cargo a créditos orzamentarios poderán repoñer estes últimos nas condicións que se establezan regulamentariamente.

6.2. INCORPORACIÓNS DE CRÉDITO (artigo 71 do TRLRFOG).

De conformidade co artigo 66.e) do TRLRFOG, a competencia para autorizar as

incorporacións de crédito previstas no artigo 71 é da conselleira de Economía e Facenda.

O artigo 59 do TRLRFOG establece a regra xeral da anulación de créditos, de forma que os créditos destinados a atender gastos que no último día do exercicio orzamentario non estean afectados ao cumprimento de obrigacións recoñecidas quedarán anulados de pleno dereito, salvo as excepcións recollidas no artigo 71 da presente lei.

E é precisamente o artigo 71 o que regula as incorporacións de crédito permitindo a incorporación aos estados de gastos do orzamento correspondente ao exercicio inmediato seguinte nos seguintes supostos:

- a) Os créditos extraordinarios e os suplementos de crédito, así como as transferencias de crédito, que se concedesen ou autorizasen, respectivamente, no último mes do exercicio orzamentario e que, por causas xustificadas, non puidesen ser utilizados durante este.
- b) Os créditos que prevexan compromisos de gastos anteriores ao último mes do exercicio orzamentario e que non puidesen executarse ao final do exercicio económico por causas xustificadas.

Será preciso que tales compromisos de gastos alcanzasen a fase de disposición en contabilidade antes do último mes do exercicio.

- c) Os créditos destinados a operacións de capital.
- d) Os créditos autorizados en función da efectiva recadación de dereitos afectados a eles.
- e) Os créditos xerados polas operacións enumeradas no artigo 69 da presente lei.

Por outra banda, os remanentes incorporados segundo o previsto anteriormente unicamente poderán ser aplicados dentro do exercicio orzamentario en que a incorporación se acorde, con excepción dos que correspondan a créditos financiados polo Fondo de Compensación Interterritorial ou por fondos ou subvencións finalistas procedentes da Unión Europea ou doutras administracións públicas, que poderán ser incorporados en canto persista o dereito á percepción do ingreso que os financia.

Os créditos correspondentes a financiamento condicionado serán incorporables de acordo coa normativa que lles sexa aplicable en cada caso. De non existir esta, rexeranse polas normas da presente lei.

O conselleiro de Economía e Facenda poderá acordar, con carácter xeral, a incorporación automática ao exercicio seguinte dos créditos a que se refire a letra d) anterior.

6.3. GASTOS PLURIANUAIS (artigo 58 do TRLRFOG).

Non obstante o carácter anual do orzamento, no artigo 58 do TRLRFOG permítese que se poidan adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, aínda que a súa execución se deba iniciar no exercicio seguinte, cando o seu contido coincida cos que a continuación se especifican:

- a) Inversións e transferencias de capital.
- b) Transferencias correntes derivadas de normas con rango de lei, ou que se concedesen a través de convocatorias ou sinatura de convenios, logo de autorización do compromiso plurianual por parte do Consello da Xunta.
- c) Gastos en bens e servizos cuxa contratación baixo as modalidades establecidas na Lei de contratos do sector público non puidese ser estipulada ou resultase antieconómica por prazo que comprenda un só exercicio orzamentario.
- d) Arrendamentos de bens inmobles que vaian ser utilizados por organismos ou servizos da Comunidade Autónoma.
- e) Cargas financeiras derivadas de operacións de endebedamento da Comunidade ou dos seus organismos autónomos.
- f) Activos financeiros.
- g) Convenios con universidades e outras institucións ou centros docentes cando aqueles se deban executar durante cursos académicos coincidentes con dous exercicios orzamentarios.

A autorización ou realización dos gastos de carácter plurianual subordinarase aos créditos que para cada exercicio se consignent nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma.

En canto ás **limitacións** para adquirir estes compromisos de carácter plurianual existen as seguintes:

- 1.- O número de exercicios aos cales poden aplicarse os gastos incluídos nas letras a), b), c), f) e g) non poderá ser superior a catro.

2.- O gasto que nestes casos se comprometese con cargo a exercicios futuros non poderá exceder o resultado de aplicar ao crédito inicial, a nivel de concepto, as seguintes porcentaxes:

- No exercicio inmediato seguinte, o 70%.
- No segundo exercicio, o 60%.
- Nos exercicios terceiro e cuarto, o 50%.

3.- O gasto tampouco poderá ser inferior ao 10% do importe total do expediente de gasto en ningún dos anos aos cales se estenda a súa execución material salvo, de ser o caso, no último exercicio.

O total dos importes comprometidos con cargo a exercicios futuros no conxunto dos conceptos que definen un nivel de vinculación non poderá exceder as porcentaxes arriba indicadas, calculadas sobre o crédito inicial dese conxunto de conceptos.

Supostos especiais de gastos plurianuais:

- Nos contratos de obra de carácter plurianual, con excepción dos realizados baixo a modalidade de aboamento total do prezo, efectuarase unha retención adicional de crédito do 10% do importe de adxudicación, no momento en que se realizase. Esta retención aplicarase ao exercicio en que finalice o prazo fixado no contrato para a terminación da obra ou ao seguinte, segundo o momento en que se prevexa realizar o pagamento da certificación final. Estas retencións computarán dentro das porcentaxes establecidas neste artigo.
- Tamén poderá ser diferido o pagamento do prezo de compra das adquisicións de bens inmoables cando o importe exceda os 350 millóns de pesetas, sen que en ningún caso o desembolso inicial á sinatura da escritura poida ser inferior ao 30% do prezo, e poderá distribuírse libremente o resto ata en catro anualidades sucesivas aos respectivos vencementos dentro das limitacións do punto anterior.
- Para aqueles programas e proxectos de gastos de capital que se especifiquen nas leis de orzamentos, poderán adquirirse compromisos de gastos que teñan que estenderse a exercicios futuros ata o importe que para cada unha das anualidades se

determine.

Modificación dos límites:

O Consello da Xunta, por proposta do conselleiro de Economía e Facenda, poderá modificar as porcentaxes sinaladas anteriormente así como modificar o número de anualidades en casos especialmente xustificados, por petición da correspondente consellería e logo dos informes que se consideren oportunos e, en todo caso, o da dirección xeral competente en materia de orzamentos.

Este procedemento será igualmente de aplicación no caso dos contratos de obras que se efectúen baixo a modalidade de aboamento total deles, segundo o previsto no artigo 99.2 do texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, ben se pacte o aboamento total do prezo dunha soa vez ou se fraccione en distintas anualidades, que non poderán ser superiores a dez desde a data fixada para a conclusión das obras.

Os compromisos de gastos de carácter plurianual a que fai referencia este artigo serán adecuadamente contabilizados de forma independente.

ALMUDENA CHACÓN PICHEL

REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 4.

O PROCEDIMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA. FASES.

TEMA 4. O PROCEDEMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA. FASES.

- O procedemento de execución orzamentaria
 - ☐ O concepto de execución orzamentaria
 - ☐ O concepto de gasto público
 - ☐ O acto administrativo de gasto
 - ☐ Os principios da actividade financeira
- Fases
 - ☐ Aprobación do gasto
 - ☐ Compromiso de gasto
 - ☐ Recoñecemento de obrigacións e proposta de pagamento
 - ☐ Ordenación do pagamento
 - ☐ Contabilidade da execución orzamentaria
 - ☐ Algunhas especialidades no procedemento de execución orzamentaria.

1. O PROCEDEMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA.

A expresión “procedemento de execución orzamentaria” implica partir da análise desta como manifestación dunha das facultades que ten a Administración pública autonómica: a de realizar actos con contido económico.

Esta actividade da Administración autonómica plásmase con carácter previo ao comezo de cada exercicio orzamentario na elaboración dos orzamentos, tal e como foron definidos nos temas anteriores.

O artigo 53 do Estatuto de autonomía de Galicia (Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, en diante EAG) establece que “1. Corresponde á Xunta ou Goberno a elaboración e aplicación do orzamento da Comunidade Autónoma galega e ao Parlamento, o seu exame, emenda, aprobación e control. O orzamento será único e incluírá a totalidade dos gastos e ingresos da Comunidade Autónoma galega e dos organismos, institucións e empresas dela

dependentes". Partindo da condición de meramente estimativos dos datos de ingresos que se consignan nos orzamentos, o concepto de execución orzamentaria debe entenderse referido fundamentalmente á execución orzamentaria do gasto público.

Debemos en primeiro lugar, por tanto, definir o concepto de gasto público como a aplicación por parte das administracións públicas dos seus recursos financeiros, destinándoos a financiar o desenvolvemento das actividades que lles son propias e, en xeral, o cumprimento dos fins que constitucionalmente teñen asignados.

Máis en concreto, desde o punto de vista do dereito administrativo, o acto administrativo de gasto non constitúe unha categoría particular á marxe ou en contraposición á do acto administrativo xeral. A especialidade destes actos reside no órgano de que emanan, un órgano da Administración financeira e no fin a que se orientan, a realización dun gasto público.

Daranse, por tanto, no acto administrativo de gasto os mesmos elementos que nun acto administrativo "xenérico":

- Subxectivo: emana dun órgano da Administración que teña atribuída legalmente a competencia (por exemplo, a competencia para asinar en nome da Xunta un contrato e comprometer a Facenda pública galega; na normativa galega está atribuída con carácter xeral pola Lei 1/1983, da Xunta e da súa Presidencia, no seu artigo 34.10, aos titulares das distintas consellerías).
- Obxectivo: todo acto administrativo de gasto debe ser posible, lícito e determinado (ou determinable).
- Causal: fin que o órgano administrativo perseguir coa súa actuación.
- Formal: comprende dous requisitos, o procedemento tal e como con carácter xeral sinalan o artigo 105 da Constitución española (CE) e o artigo 53 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en diante Lei 30/1992), e a motivación, tal e como exige o artigo 54 da Lei 30/1992.

Unha vez analizado o concepto de gasto público, o procedemento de execución orzamentaria do gasto público remite a unha consideración preliminar: a actuación dun

suxeito peculiar como é a Administración pública, que debe producirse ligada a un marco normativo de que deriva un procedemento concreto (así, o artigo 133.4 da CE sinala que “As administracións públicas só poderán contraer obrigacións e realizar gastos de acordo coas leis”). A aplicación dunha serie de recursos económicos para a realización da súa actuación debe levarse a cabo seguindo uns pasos determinados que levan aparellada unha serie de controis específicos, consecuencia en última instancia do principio de legalidade da actuación administrativa establecido no artigo 103 da CE. É unha manifestación, por tanto, do procedemento administrativo.

Por outra banda, este procedemento responde a un momento concreto do ciclo orzamentario xa estudado e, como sinalamos, é consecuencia da mesma existencia dun orzamento. Ao longo dun ano prodúcese a elaboración dos orzamentos, que culmina coa súa aprobación por parte do Parlamento galego tal e como sinala o artigo 53.1 do EAG.

O orzamento guiará a actuación do ano seguinte da Administración dentro dun escenario plurianual, tal e como sinala o artigo 46.2 do TRLRFOG.

Afirmouse tamén que o procedemento de execución orzamentaria é consecuencia da existencia dun orzamento porque, aínda que, como tamén se sinalou, os ingresos recollidos nel son unha previsión, no caso dos gastos ten un carácter limitativo (así o sinala o artigo 56.2 do TRLRFOG: “Os créditos autorizados nos programas de gastos teñen carácter limitativo e vinculante a nivel de concepto.”). Por iso, como sinala a doutrina, este procedemento oriéntase a “garantir a legalidade financeira dos actos administrativos de gasto, tanto en interese da Facenda pública como do particular que se relaciona coa Administración, que, en caso de inexistencia de cobertura orzamentaria, se vería imposibilitado de cobrar os seus créditos”.

Porén, na relación entre a Administración e os terceiros que leva o procedemento de execución orzamentaria non nos atopamos ante unha relación “entre iguais”. A Administración goza dunha serie de prerrogativas que se manifestan en tres fundamentalmente:

- O carácter inembargable que ten o patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia, o que invalida a garantía que o Código civil recoñece acredor civil fronte ao debedor particular. Así o recolle o artigo 25 do TRLRFOG ao sinalar que: “1. Os tribunais, xuíces

e autoridades administrativas non poderán despachar nin ditar mandamento de execución ou providencia de embargo contra os dereitos, fondos, valores e demais bens da Facenda da Comunidade”.

- As obrigacións da Administración só resultarán exixibles na medida en que exista unha consignación orzamentaria.
- O denominado “principio de servizo cumprido ou de prestación feita”, que prohibe á Administración satisfacer a súa obrigación se previamente o particular non cumpriu ou garantiu plenamente a súa. Así o recolle o artigo 24.3 do TRLRFOG: “Cando as ditas obrigacións teñan por causa prestacións ou servizos á Administración da Comunidade, o pagamento non se poderá realizar mentres o acredor non cumpra ou garanta, conforme a lei, a súa respectiva obrigación”.

Fronte a estes “privilexios” ou prerrogativas, ¿cal é a posición xurídica do acredor da Facenda pública da Comunidade Autónoma de Galicia que resulte afectado polo procedemento de execución orzamentaria? Algúns autores de forma simplemente enumerativa sinalan que os dereitos atribuídos ao acredor da Comunidade Autónoma de Galicia serían:

- Dereito ao recoñecemento ou liquidación de obrigacións por parte da Facenda pública, tal e como recolle o TRLRFOG ao regular a prescrición e os seus prazos no apartado primeiro do artigo 27.
- Dereito a intimar por escrito o cumprimento da obrigación. O artigo 26 do TRLRFOG recolle este dereito ao fixar que: “Se o pagamento das obrigacións da Comunidade non se lle fixese efectivo ao acredor no prazo dos tres meses seguintes ao día da notificación da resolución xudicial ou do recoñecemento da propia obrigación, este terá dereito ao aboamento dos correspondentes xuros de demora sobre a cantidade debida ao tipo establecido no apartado 2 do artigo 21, sempre que reclame por escrito o cumprimento da obrigación”.
- Dereito a exixir o pagamento das obrigacións xa recoñecidas ou liquidadas. O apartado segundo do artigo 27 sinala que: “2. A petición por escrito do recoñecemento ou do cumprimento da obrigación, ou da efectividade do seu

pagamento, por parte dos acredores lexítimos, ou dos que se subroguen nos seus dereitos, mediante a presentación dos documentos xustificativos do seu dereito, interromperá a prescrición, segundo o disposto no Código civil, salvo o establecido nas leis especiais”.

- Dereito a interpor reclamacións económico-administrativas.
- Dereito a ser notificado dos actos do procedemento administrativo de gasto. Este dereito recóllese implicitamente no artigo 27.1.b) do TRLRFOG (“O dereito para exixir o pagamento das obrigacións recoñecidas ou liquidadas. O prazo contarase desde a data de notificación do recoñecemento ou da liquidación da respectiva obrigación).

Debemos, por último, sinalar nesta epígrafe unha serie de principios específicos que resultan aplicables á actividade financeira da Comunidade Autónoma de Galicia. O artigo 4 do TRLRFOG, baixo a rúbrica de “Principios orzamentarios e control”, sinala que:

“A actividade económico-financiera da Comunidade Autónoma de Galicia estará sometida ao réxime de orzamento anual e aos principios de control interno, de contabilidade e de unidade de caixa que se determinan na presente lei”.

Estes principios específicos son:

1. Principio de anualidade orzamentaria
2. Principio de universalidade
3. Principio de unidade de caixa
4. Principio de control
5. Principio de contabilidade

Estes principios condicionarán o procedemento de execución orzamentaria xunto cos principios xerais administrativos analizados ao principio deste tema. Por iso exixen unha breve análise.

O principio de anualidade orzamentaria recóllese no artigo 47 do TRLRFOG, que sinala que: “O exercicio orzamentario coincidirá co ano natural e a el imputaranse:

- a) Os dereitos liquidados no seu transcurso, calquera que sexa o período a que

correspondan.

b) As obrigacións recoñecidas ata o 31 de decembro do correspondente exercicio, como consecuencia de adquisicións, obras, subministracións, prestacións de servizos ou outro tipo de gastos realizados con cargo aos créditos respectivos dentro do correspondente ano natural, sen prexuízo do disposto no punto 2 do artigo 60”.

O principio de universalidade significa que todos os ingresos previstos e gastos que vaian ser recoñecidos durante o exercicio deben figurar no orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia, sen que poida existir compensación previa entre eles. Porén, o incumprimento deste mandato vén propiciado pola propia norma, xa que se permite a existencia de modificacións de crédito (capítulo II do título III do TRLRFOG) a partir das cales se poderán autorizar gastos cuxas partidas non foran previstas.

O principio de unidade de caixa supón a centralización de todos os fondos e valores no Tesouro público, de tal forma que a tesouraría estará formada por todos os recursos (diñeiro, valores, crédito e demais procedentes do endebedamento) tanto por operacións orzamentarias como extraorzamentarias. Recóllese no artigo 88 do TRLRFOG, en particular na súa letra b), ao sinalar que “son funcións propias da Tesouraría:

- A xestión recadatoria dos recursos e o pagamento das obrigacións da Comunidade e dos seus organismos autónomos.
- Instrumentar e servir ao principio de unidade de caixa, mediante a centralización de todos os fondos e valores xerados por operacións orzamentarias e extraorzamentarias.
- Distribuír no tempo e no territorio as dispoñibilidades en diñeiro para a satisfacción puntual das obrigacións da Comunidade.
- Velar pola obtención da adecuada rendibilidade dos recursos dispoñibles da Comunidade sen menoscabo dos fins propios da tesouraría.
- Responder dos avais contraídos pola Comunidade conforme as disposicións desta lei.
- As demais funcións que deriven ou relacionen coas anteriores enumeradas”.

En cuarto lugar, aínda que o artigo 4 do TRLRFOG só nomea o control interno, o principio de control desdóbrase en dous: control interno e control externo.

O control externo aparece recollido no artigo 136 da CE ao sinalar que: “1. O Tribunal de Contas é o supremo órgano fiscalizador das contas e da xestión económica do Estado, así como do sector público. Dependerá directamente das Cortes Xerais e exercerá as súas funcións por delegación delas no exame e comprobación da conta xeral do Estado”. Estas competencias atribúeas o artigo 53.2 do EAG ao Consello de Contas ao sinalar que: “Sen prexuízo do disposto no artigo 136 e na letra d) do artigo 153 da CE, créase o Consello de Contas de Galicia. Unha lei de Galicia regulará a súa organización e funcionamento e establecerá as garantías, normas e procedementos para asegurar a rendición das contas da Comunidade Autónoma, que deberá someterse á aprobación do Parlamento”.

O control interno, na súa tripla vertente de control de legalidade, orzamentario e de eficacia e eficiencia, está encomendado na Comunidade Autónoma de Galicia á Intervención Xeral e ás súas unidades dependentes. Así o establece como principio o artigo 4.3 do TRLRFOG ao sinalar que: “*A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma será o órgano encargado da execución das funcións de control interno e de contabilidade reguladas na presente lei*”. Esta competencia desenvólvese nos artigos 93 e seguintes do TRLRFOG.

Por último, o principio de contabilidade é a consecuencia obrigada da execución orzamentaria, tanto para reflectir toda clase de operacións e resultados da actividade da Facenda pública como para facilitar datos e información necesarios para o desenvolvemento das funcións da Comunidade Autónoma. Tal e como sinalamos para o anterior principio, a competencia para a “xestión” da contabilidade na Comunidade Autónoma de Galicia está atribuída á Intervención Xeral. En consonancia co anterior, o artigo 1 do TRLRFOG afirma que constitúe unha materia propia da Facenda pública de Galicia “o sistema de contabilidade a que debe someterse a actuación económica dos órganos competentes do sector público galego”.

2. FASES DO PROCEDEMENTO DE EXECUCIÓN ORZAMENTARIA.

Unha vez analizados os conceptos e principios básicos do procedemento de execución orzamentaria, é necesario analizar as súas fases e trámites necesarios.

No ámbito estatal, o procedemento ordinario da xestión dos gastos, segundo o artigo 73 LXO, remite ás seguintes fases:

- A ordenación do gasto, que inclúe a aprobación do gasto, compromiso de gasto e recoñecemento da obrigação.
- A ordenación do pagamento e o pagamento material.

O artigo 72 do TRLRFOG sinala que: “Correspóndelles aos órganos estatutarios, salvo o que establezan outras leis aplicables, aos conselleiros e aos demais órganos da Comunidade Autónoma que tivesen dotacións diferenciadas nos seus estados de gastos autorizar os gastos referentes aos servizos ao seu cargo, excepto nos casos reservados polas leis á competencia da Xunta de Galicia, así como autorizar os actos de disposición de créditos e de recoñecemento de obrigações, e propoñer ao conselleiro de Economía e Facenda a ordenación dos correspondentes pagamentos”.

Parte por tanto o artigo 72, aínda que fose de forma implícita, da tradicional división entre ordenación do gasto e ordenación do pagamento. De acordo con esta separación, o artigo 73 recolle as fases en que se divide a xestión económica e financeira dos dereitos e créditos incluídos nos orzamentos da Comunidade Autónoma e dos seus organismos autónomos. De acordo con este artigo, as fases da execución do gasto son:

- a. aprobación do gasto
- b. disposición ou compromiso
- c. recoñecemento da obrigação
- d. a proposta de pagamento
- e. ordenación do pagamento ou pagamento material

Doutra banda, este mesmo artigo separa a fase de ordenación do pagamento, que doutrinalmente se divide en dúas subfases: ordenación formal e ordenación material ou pagamento efectivo.

A APROBACIÓN DO GASTO

A denominada aprobación ou autorización do gasto, segundo o artigo 73.a.1 do TRLRFOG, é “o acto en virtude do cal a autoridade competente acorda a realización dun gasto,

calculado en forma certa ou aproximada, e reserva para tal fin a totalidade ou unha parte do crédito orzamentario legalmente destinado a garantir o cumprimento das obrigacións que poidan ser consecuencia daquel, tendo en conta a natureza económica destas”.

A autorización é a operación contable que reflicte o acto de autorización do gasto regulado polo artigo 73 do TRLRFOG. Este acto non implica aínda relación con interesados alleos ao centro xestor, pero supón a posta en marcha do proceso administrativo.

Ademais, será necesario, de acordo co artigo 73 citado, que con carácter previo ou a continuación do acto de autorización se realice unha serie de actuacións cuxa finalidade é a conformación do expediente de gasto e que son as seguintes:

- A proposta de gasto, que formulan os servizos dependentes do ordenador do gasto (polo xeral, aparecerá regulado nos decretos de estrutura e ordes de delegación de competencias que desenvolven a estrutura e competencias de cada unha das unidades administrativas que compoñen a Xunta de Galicia).

Aínda que non hai unha determinación legal do tipo de precisións que debe conter a proposta de gasto, enténdese que, entre outros aspectos, se deben incluír a exposición da necesidade e o fin do gasto, o seu importe exacto ou máximo, a aplicación orzamentaria (descrita a partir da clasificación orgánica, económica e programa) e a normativa que dá cobertura á actuación.

- O certificado de existencia de crédito (que acredita a cobertura orzamentaria) e simultánea retención do crédito, asento contable mediante o cal o remanente do crédito que se certificou queda indispoñible para destinalo a finalidade distinta.

- A fiscalización previa, xa que o artigo 94 do TRLRFOG establece no seu punto 2 que: “*A función interventora ten por obxecto controlar todos os actos, documentos e expedientes da Comunidade e dos seus organismos autónomos dos que puidesen derivar dereitos e obrigacións de contido económico, así como os ingresos e pagamentos que deles deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, co fin de asegurar que a xestión dos órganos controlados se axuste ás disposicións aplicables a cada caso*”. En relación co anterior, o artigo 95 sinala que a función interventora pode realizarse a través da fiscalización previa, “*ou intervención previa de todo acto, documento*

ou expediente susceptible de producir dereitos e obrigacións de contido económico ou movemento de fondos e valores”, na cal un dos requisitos esenciais que se deben comprobar é a existencia de crédito orzamentario e que este é o adecuado á natureza do gasto ou da obrigación que se propón contraer (artigo 97.2.a). Esta fiscalización previa pode definirse como o trámite en virtude do cal o órgano interventor informa o xestor de que o expediente reúne cantos requisitos existen as normas e, por tanto, pode realizarse o gasto que se pretende levar a cabo.

Desta definición deriva o que constitúe un requisito indispensable para o procedemento e que xa se mencionou: a existencia dun crédito orzamentario. Trátase, por tanto, dun control de legalidade da proposta e que ten lugar antes de que se autorice o gasto. O artigo 97.1 do TRLRFOG exclúe deste trámite unha serie de supostos. O informe de fiscalización previa do gasto convértese así en preceptivo e en certa medida vinculante.

Segundo o artigo 99 do TRLRFOG, se a Intervención non está de acordo co gasto que se vai realizar deberá consignar os seus reparos por escrito.

De acordo co artigo 100, se os reparos afectan a autorización e disposición de gastos, o recoñecemento de obrigacións ou o ordenamento de pagamentos, orixinarase a suspensión da tramitación do expediente ata que aqueles non sexan emendados nos seguintes casos:

1. Cando se baseen na insuficiencia ou inadecuación do crédito a que se propoña imputar o gasto, a obrigación ou o pagamento.
2. Cando se aprecien graves irregularidades na documentación xustificativa das ordes de pagamento ou non se acredite suficientemente o dereito do perceptor.
3. Cando o gasto se propoña a un órgano que careza de competencia para a súa aprobación.
4. Cando se omitan no expediente requisitos ou trámites que se consideren esenciais a xuízo da Intervención ou cando esta considere que a continuación do procedemento puidese causar quebras económicas á Comunidade Autónoma ou a un terceiro.
5. Cando o reparo sexa consecuencia de comprobacións de materiais de obras, subministracións, adquisicións e servizos.

A Intervención poderá fiscalizar favorablemente, a pesar dos defectos que se observen no expediente, sempre que os requisitos ou os trámites incumpridos non sexan esenciais.

Nestes supostos a eficacia da fiscalización quedará condicionada á reparación daqueles defectos con anterioridade á aprobación do expediente. O órgano xestor remitirá á Intervención a documentación xustificativa de que se repararon os ditos defectos.

De non reparar o órgano xestor os defectos indicados, para a continuación do expediente considerárase formulado o correspondente reparo.

O artigo 101 sinala que: “Cando o órgano a que se dirixa o reparo o acepte, deberá reparar as deficiencias observadas e remitir de novo as actuacións á Intervención. Pola contra, cando o órgano xestor non acepte o reparo deducido, formulará discrepancia, que deberá ser motivada con citas dos preceptos legais en que sustente o seu criterio.

Se o reparo fose formulado por unha intervención delegada, corresponderá á Intervención Xeral da Comunidade coñecer da discrepancia e a súa resolución será obrigada para aquela. Se o reparo fose formulado pola Intervención Xeral da Comunidade ou esta confirmase en todo ou en parte o dunha intervención delegada e subsista a discrepancia, corresponderá á Xunta de Galicia adoptar unha resolución definitiva.”

O trámite de fiscalización previa, dado o carácter de xeneralidade con que se exige, pode provocar atrasos na tramitación dos gastos. Por iso, o artigo 97 combina a fiscalización limitada e a mostraxe de expedientes, e establece que o Consello da Xunta, por proposta do conselleiro de Economía e Facenda e logo de informe da I.X.C.A., poderá acordar que a intervención previa se limite a comprobar determinados aspectos, como son a existencia de crédito orzamentario adecuado e suficiente, ou que as obrigacións ou gastos as xera o órgano competente. Este artigo permite ao Consello da Xunta establecer outros aspectos para comprobar.

- A aprobación do gasto. Unha vez fiscalizada a proposta, prodúcese a aprobación do expediente de gasto por parte do órgano competente para a aprobación do gasto. Por tanto, trátase dun acto interno da Administración non declarativo de dereitos. A autorización do gasto ten sentido e verdadeira individualidade no caso en que a competencia para a autorización e o compromiso de gasto (fase seguinte) pertence a

órganos distintos.

COMPROMISO DE GASTO OU DISPOSICIÓN

De acordo co artigo 73.a.2 do TRLRFOG, *"A disposición, que é o acto en virtude do cal se acorda, concerta ou determina, segundo os casos, despois de cumprir os trámites que de acordo co dereito procedan, a contía concreta que debe alcanzar o compromiso económico para a realización de todo tipo de prestacións. Cos actos de disposición queda formalizada a reserva do crédito por un importe e unhas condicións exactamente determinados"*.

Pola relevancia deste acto é polo que se establece a prohibición de adquisición de compromisos de gasto sen crédito, recollida no artigo 57 do TRLRFOG, que determina: *"Non poderán adquirirse compromisos de gastos por contía superior ao importe dos créditos figurados nos estados de gastos, e serán nulos de pleno dereito os actos administrativos e as disposicións xerais con rango inferior a lei que infrinxan a expresada norma, sen prexuízo das responsabilidades que procedan"*.

RECOÑECIMENTO DA OBRIGACIÓN

O artigo 73.a.3 do TRLRFOG define o recoñecemento da obrigación como *"a operación de contraer en contas os créditos exixibles contra a Comunidade de Galicia que deban acreditarse como contraprestación económica derivada dos acordos, dos concertos ou das normas resolutorias que determinen a disposición dun crédito, unha vez realizada e xustificada adecuadamente a correspondente prestación e efectuada a pertinente liquidación."*

Se na fase de compromiso de gasto xurdiron unha serie de dereitos e obrigacións tanto por parte da Administración como dun administrado, coas actuacións tendentes ao recoñecemento da obrigación de pagamento iníciase os actos do procedemento dirixidos ao cumprimento por parte da Administración da obrigación ao seu cargo (é dicir, á entrega dunha cantidade de diñeiro).

Prodúcese, por tanto, necesariamente o cumprimento de dous requisitos. Un requisito de fondo que consiste, no caso das obrigacións recíprocas, en que o acredor cumprise a prestación ao seu cargo, de acordo coa denominada "regra do servizo feito", segundo a

cal, conforme o que establece o parágrafo 3 do artigo 24 do TRLRFOG, iso debe acreditarse achegando a documentación que acredite a realización da prestación ou dereito do acredor (unha factura...). Iso é competencia non só da Intervención, senón da propia Administración xestora e cuxo resultado se reflicte nunha acta ou certificado de recepción, que forma parte das contas xustificativas do investimento.

Os requisitos formais son os actos de recoñecemento e liquidación da obrigaón. A primeira expresión fai referencia ao acto administrativo mediante o cal a Facenda pública acepta formalmente o crédito ao seu cargo. O segundo, que se practica conxuntamente co acto de recoñecemento, ten por misión determinar o importe exacto do dito crédito.

PROPOSTA DE PAGAMENTO

Por último, de acordo co artigo 73.a.4), “O ordenamento do pagamento, que é a operación en virtude da cal o ordenador competente, logo de proposta de pagamento realizado por quen recoñeceu a existencia da obrigaón, expide a orde de pagamento contra a tesouraría da Comunidade a favor do respectivo acredor”.

Este acto é o nexa entre a etapa de ordenación do gasto e de ordenación do pagamento.

A ORDENACIÓN DO PAGAMENTO OU PAGAMENTO MATERIAL

A ordenación do pagamento e o pagamento material constitúen as dúas fases finais do procedemento de execución orzamentaria, aínda que podería agruparse nunha única fase. O pagamento material, última fase deste ciclo, extingue a obrigaón contraída pola Comunidade Autónoma.

O ordenamento do pagamento, que é a operación en virtude da cal o ordenador competente, logo de proposta de pagamento realizada por quen recoñeceu a existencia da obrigaón, expide a orde de pagamento contra a tesouraría da Comunidade a favor do respectivo acredor.

A conexión entre o procedemento de gasto (fases de aprobación, compromiso e recoñecemento da obrigaón) e estas dúas fases finais (procedemento de pagamento), como xa se mencionou, é a *proposta de pagamento*.

De acordo co artigo 74 do TRLRFOG, “A ordenación xeral de pagamentos da Comunidade corresponde ao conselleiro de Economía e Facenda, quen poderá delegar a dita

competencia de acordo cos procedementos legais aplicables.

Co obxecto de facilitar o servizo de ordenamento de pagamentos, poderanse establecer ordenamentos secundarios baixo a dependencia do conselleiro de Economía e Facenda ou da autoridade en quen delegue as súas competencias sobre a materia”.

Ademais, haberá que ter en conta que o artigo 75 establece que a expedición de ordes de pagamento con cargo ao orzamento da Comunidade e dos seus organismos autónomos se deberá axustar ao plan que sobre disposición de fondos de tesouraría estableza anualmente a Consellería de Economía e Facenda.

Doutra banda, hai que ter en conta que o Tesouro asume, de acordo co TRLRFOG, a función de “pagador”, fronte á función de ordenador do pagamento que se atribúe á Consellería de Economía e Facenda. Así, o artigo 88.a atribúelle ao Tesouro a xestión recadatoria dos recursos e o pagamento das obrigacións da Comunidade e dos seus organismos autónomos.

Xunto con esta aparente dicotomía de órganos competentes, hai que ter en conta que o artigo 72 do TRLRFOG establece que lles corresponde aos órganos estatutarios, salvo o que establezan outras leis aplicables, aos conselleiros e demais órganos da Comunidade Autónoma que tivesen dotacións diferenciadas nos seus estados de gastos autorizar os gastos referentes aos servizos ao seu cargo, excepto nos casos reservados polas leis á competencia da Xunta de Galicia, así como autorizar os actos de disposición de créditos e de recoñecemento de obrigacións, e propoñer ao conselleiro de Economía e Facenda a ordenación dos correspondentes pagamentos.

Do mesmo xeito, sinala que “Coa mesma reserva legal corresponde aos presidentes ou directores dos organismos autónomos da Comunidade a autorización e disposición de gastos e créditos, respectivamente, o recoñecemento de obrigacións e o ordenamento dos pagamentos que correspondan a eles”.

As ordes de pagamentos a xustificar líbranse para satisfacer gastos que non contan cos requisitos de acreditación documental sinalados que xustifiquen que se realizou a prestación que orixinou o gasto. De acordo co artigo 77 do TRLRFOG:

“1. Terán o carácter de pagamentos a xustificar os fondos librados para atender gastos

que non poidan ir acompañados da documentación xustificativa a que se fai referencia no artigo anterior.

2. Poderán expedirse ordes de pagamento a xustificar nos supostos seguintes:

- a. Cando os documentos xustificativos non poidan achegarse antes de efectuar a proposta de pagamento.
- b. Cando se considere conveniente a utilización deste sistema para axilizar significativamente a xestión dos créditos.
- c. Cando as ordes de pagamento teñan por obxecto satisfacer gastos en localidades onde non existan dependencias do organismo autónomo de que se trate.

3. A Consellería de Economía e Facenda, oídas as consellerías, logo de informe da Intervención Xeral, establecerá as normas xerais que regulen a expedición de ordes de pagamento a xustificar, así como os límites cuantitativos destas e os conceptos orzamentarios a que son aplicables.

4. As ordes de pagamento cursadas co carácter de a xustificar aplicaranse aos créditos orzamentarios que correspondan e os seus perceptores quedarán obrigados a xustificar a aplicación das cantidades recibidas no prazo de tres meses, e estarán suxeitos ao réxime de responsabilidades previsto na presente lei. Nos casos excepcionais poderá concederse unha prórroga adicional por outro período igual para completar en todo ou en parte a citada xustificación”.

A execución do pagamento tamén está sometida a intervención, a denominada intervención material do pagamento regulada no artigo 95.1.c) do TRLRFOG. Os medios de pagamento están regulados no artigo 91.2 do TRLRFOG. No dito artigo establécese que: “Os medios de pagamento admisibles polas caixas da tesouraría poderán consistir en diñeiro de curso legal, cheques nominativos, xiros, transferencias ou calquera outro medio de pagamento legalmente establecido. A Consellería de Economía e Facenda establecerá as condicións que terán que cumprir e o momento en que en cada caso se producirá a liberación da débeda”.

Ademais, o artigo 76 prevé a posibilidade de librar as ordes de pagamento mediante a utilización de procesos informáticos (“1. As ordes de pagamento expediranse unha vez que

se xustificase documentalmente, ante o órgano competente para recoñecer a respectiva obrigação, a realización da prestación ou o dereito do acredor, conforme os acordos polos que no seu día se autorizaron e comprometeron os correspondentes gastos. 2. Os ordenadores de pagamentos poderán recibir as propostas e librar as correspondentes ordes de pagamento mediante a utilización de procesos informáticos. Neste suposto, a documentación xustificativa do gasto realizado poderá quedar naqueles centros en que se recoñeceron as correspondentes obrigacións, para a súa posterior inclusión, de ser o caso, na conta xeral da Comunidade Autónoma ou para a súa posta a disposición dos órganos de control competentes.”).

Por outra banda, é necesario sinalar a existencia do que algúns autores chamaron fases mixtas e a existencia dunha serie de actuacións específicas requiridas segundo as clases de gastos. O artigo 73.6 da LXO prevé expresamente que: *“Cando a natureza da operación ou gasto así o determine, acumularanse nun só acto as fases de execución precisas”*.

Por último, o artigo 73 do TRLRFOG tamén recolle as fases da execución orzamentaria dos ingresos que recolleremos, aínda que sexa de maneira sucinta:

- a) O compromiso de ingresos, que é o acto con base no que se recoñece en contas o dereito para liquidar un determinado recurso por unha contía certa se se cumpren aquelas condicións e trámites que se prevexan nas normas legais aplicables.
- b) O contraído do recurso, que é o acto polo cal se liquida este e se recoñece en contas o dereito definitivo á súa percepción pola súa exacta contía.
- c) A recadación do recurso, que constitúe o proceso mediante o cal a tesouraría da Comunidade fai líquido e ingresa nas súas caixas o seu importe.

JACINTO ÁLVAREZ SOMOZA

REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 5

O CONTROL ORZAMENTARIO. CONCEPTO. NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. O CONSELLO DE CONTAS

TEMA 5. O CONTROL ORZAMENTARIO. CONCEPTO. NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. O CONSELLO DE CONTAS

1. O CONTROL ORZAMENTARIO. CONCEPTO

A actividade financeira que desenvolve a Facenda Pública da Comunidade Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedemento de supervisión que garanta que a distribución e xestión dos recursos públicos se realice tendo en conta criterios de eficacia e eficiencia. Ademais, este procedemento permitirá controlar que a acción de Goberno se faga conforme os principios de equidade, solidariedade e equilibrio territorial, todo o anterior tal como esixe o artigo 2 do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro (en diante TRLRFO).

Esa actividade de supervisión é o que podemos denominar como “control orzamentario”.

Os anteriores fins e concepto complétanse cos “principios orzamentarios e de control” que recolle o artigo 4 do TRLRFO:

- “1. A actividade económico-financieira da Comunidade Autónoma de Galicia estará sometida ao réxime de orzamento anual e aos principios de control interno, de contabilidade e de unidade de caixa que se determinan nesta lei.*
- 2. Todas as actividades que dean lugar ao recoñecemento de dereitos e obrigas de contido económico ou ao manexo de fondos públicos deberán estar controladas ou intervidas conforme as normas desta lei e sometidas ao réxime de rendemento de contas ao Consello de Contas e ao Tribunal de Contas, de acordo coas disposicións que os regulan.*
- 3. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma será o órgano encargado da execución das funcións de control interno e de contabilidade reguladas nesta lei.*
- 4. A Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo cos procedementos legais establecidos, poderalles esixir as indemnizacións económicas que sexan procedentes aos responsables da custodia e do manexo dos fondos públicos polos prexuízos que puidesen ocasionar, con independencia das demais*

responsabilidades de carácter civil, penal ou disciplinario en que puidesen incorrer”.

2. NATUREZA E ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES

O control orzamentario pode clasificarse desde os seguintes puntos de vista:

a) Polo órgano que o exerce:

1. Control externo, que pode ser exercido polo Parlamento (parlamentario) ou xurisdicional (exercido polo Tribunal de Contas e o Consello de Contas, aínda que para este último se cingue á instrución do procedemento e posterior traslado das actuacións ao Tribunal de Contas, que será o encargado do axuizamento, salvo que o propio Tribunal de Contas lle delegase a función de axuizamento).
2. Control interno, exercido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (en diante IXCA).

b) Polo momento no que se realiza o control:

3. previo á execución orzamentaria ou preventivo
4. simultáneo á execución orzamentaria ou concomitante
5. ulterior ou posterior á execución orzamentaria.

c) Pola natureza do control:

6. de legalidade, que verifica o cumprimento do ordenamento xurídico vixente
7. financeiro, que verifica todos os aspectos económico-financeiros
8. de eficacia, que verifica o cumprimento do obxectivo
9. de eficiencia, que verifica o cumprimento dos obxectivos co menor custo posible.

d) Pola materia sobre a que recae:

10. control sobre os ingresos
11. control sobre os gastos

A primeira das clasificacións sinaladas é a que adquiriu unha maior relevancia e é a que servirá como apoio para o desenvolvemento desta epígrafe.

Centrándonos na Comunidade Autónoma de Galicia, no noso ordenamento o control da

execución orzamentaria durante o propio proceso de execución é fundamentalmente interno, é dicir, realízano exclusivamente órganos da Administración, dependentes da Consellería de Facenda (Decreto 101/2014, do 1 de agosto, polo que se establece a estrutura da Consellería de Facenda, DOG n.º 209, do 31 de outubro de 2014).

En concreto, o control interno está atribuído polo TRLRFO (como xa vimos no seu artigo 4) á IXCA. En particular, así se recolle no título V do TRLRFO, “Do control interno e da contabilidade” (artigos 93 e seguintes).

O artigo 93 sinala que “O control interno da actividade económico-financeira da Comunidade, dos seus organismos autónomos e entes públicos e das sociedades públicas o exercerá a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, se é o caso, do Tribunal de Contas. 2. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma exercerá as súas funcións de control interno con plena autonomía respecto aos órganos responsables da xestión controlada”.

As funcións que a normativa vixente lle atribúe á IXCA poderían sintetizarse nas seguintes:

1. Efectuar o control interno da actividade económico-financeira da Comunidade Autónoma.
2. A dirección e xestión da contabilidade pública.
3. A xestión da información económico-financeira.
4. O exercicio das demais funcións que ao dito órgano lle asigna a lei e demais normativa de aplicación.

O Decreto 101/2014 plasma a organización desconcentrada da IXCA no capítulo III do seu título II (artigos 11 e seguintes), que recollen os seguintes órganos dependentes e integrados baixo a IXCA:

1. A Subdirección Xeral de Fiscalización e Control Interno.
2. A Subdirección Xeral de Contabilidade.
3. A Subdirección Xeral de Auditoría de Fondos Comunitarios e Subvencións.
4. A Subdirección Xeral de Control Financeiro Permanente e Auditoría do Sector Público.

5. A Subdirección Xeral de Coordinación e Relacións co Consello de Contas.
6. As intervencións delegadas nas consellarías.

En relación coas intervencións delegadas, o artigo 18 do Decreto 3101/2014 sinala que na Presidencia da Xunta de Galicia, na Vicepresidencia e en todas as consellarías existirá unha intervención delegada, con nivel orgánico de subdirección xeral, integrada organicamente nas secretarías xerais e nas secretarías xerais técnicas, que exercerá unha serie de funcións, baixo a dependencia funcional e xerárquica da Intervención Xeral, no ámbito das competencias das respectivas consellarías ou dos organismos autónomos e axencias públicas autonómicas a elas adscritas.

Por último, existirá unha intervención delegada das entidades públicas instrumentais, con nivel orgánico de subdirección xeral, que exercerá, baixo a dependencia orgánica e funcional da Intervención Xeral, o control interno da actividade económico-financeira daquelas entidades nas que así o determine a Intervención Xeral.

O **exercicio do control interno pola IXCA** realízase fundamentalmente a través de dous instrumentos:

- A función interventora.
- O control financeiro.

Tal como sinala o artigo 94 do TRLRFO, a función interventora ten por obxecto controlar todos os actos, documentos e expedientes da Comunidade e dos seus organismos autónomos dos que puidesen derivar dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagamentos que deles deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, co fin de asegurar que a xestión dos órganos controlados se axuste ás disposicións aplicables a cada caso.

Pola súa banda, o control financeiro exercerao a Intervención Xeral de conformidade co previsto en cada caso e na forma que regulamentariamente se estableza respecto dos servizos da Comunidade, dos organismos autónomos, dos entes públicos e das sociedades públicas para comprobar o seu axeitado funcionamento tanto no aspecto organizativo como no económico-financeiro. Así mesmo, exercerase o control financeiro respecto ás sociedades mercantís, empresas, entidades e particulares por razón das subvencións,

créditos, avais e demais axudas da Comunidade ou dos seus organismos autónomos, concedidos con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade. Neste caso o control financeiro terá por obxecto comprobar a axeitada e correcta obtención e utilización das indicadas subvencións e axudas e o cumprimento dos obxectivos que con elas se pretenden alcanzar.

A pesar do anteriormente sinalado, por acordo da Xunta de Galicia, por proposta do titular da Consellería de Facenda, poderá establecerse o control interno realizado a través da función interventora en organismos autónomos, sociedades e entes públicos.

A “plena autonomía” do artigo 93 en relación cos órganos xestores complementábase coas seguintes características e principios que para a función interventora recolle o artigo 96 do TRLRFO:

- principios de autonomía funcional, exercicio desconcentrado, xerarquía interna e actuación contraditoria.
- organización de forma desconcentrada a través das intervencións delegadas situadas ou próximas aos órganos sometidos a control.
- O interventor xeral da Comunidade poderá avocar o exercicio da función respecto a calquera acto ou expediente que considere oportuno.

A **función interventora** exercerase a través das seguintes fases que se recollen no artigo 95 do TRLRFO:

- a) A fiscalización ou intervención previa de todo acto, documento ou expediente susceptible de producir dereitos e obrigas de contido económico ou movemento de fondos e valores.
- b) A intervención formal do ordenamento do pagamento.
- c) A intervención material do pagamento.
- d) A intervención da aplicación das cantidades destinadas a obras, subministracións, adquisicións e servizos, que comprenderá o exame documental e, se é o caso, a comprobación material.

Sinalado o anterior, é necesario matizar que:

1. A fiscalización previa dos dereitos será substituída pola inherente á toma de razón en contabilidade e estableceranse as actuacións comprobatorias posteriores que determine a Intervención Xeral da Comunidade Autónoma (97.6 TRLRFO).
2. Non estarán sometidos a intervención previa:
 - Os gastos de obras, de xestión de servizos públicos, de subministración, de consultoría e asistencia e de servizos, por importe inferior ao que, se é o caso, se estableza na Lei de orzamentos de cada ano.
 - Os gastos de carácter periódico e demais de tracto sucesivo, unha vez intervido o gasto correspondente ao período inicial do acto ou contrato de que deriven, ou as súas modificacións, así como aqueloutros gastos que, de acordo coa normativa vixente, se fagan efectivos a través do sistema de anticipos de caixa fixa.
 - A autorización e disposición das subvencións que figuren nos orzamentos con asignación nominativa.

Ademais, a Xunta de Galicia poderá acordar, logo de informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, que a intervención previa en cada unha das consellarías ou nos seus distintos servizos, organismos autónomos ou sociedades e entes públicos se limite a comprobar os extremos seguintes:

- a. A existencia de crédito orzamentario e que este é o axeitado á natureza do gasto ou da obriga que se propón contraer.
- b. Nos casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual, comprobarase, ademais, se se cumpre o preceptuado no artigo 58 desta lei.
- c. Que as obrigas ou gastos son xerados por órganos competentes.
- d. Aqueloutros extremos que, pola súa transcendencia no proceso de xestión, determine o Consello da Xunta, por proposta do titular da Consellería de Facenda, logo de informe da Intervención Xeral de Comunidade Autónoma.

Por último, cómpre sinalar, en relación coa función interventora, a posibilidade de que se utilicen técnicas de mostraxe no seu exercicio, ademais do necesario complemento da intervención limitada previa cunha intervención plena con posterioridade exercida sobre

unha mostra representativa dos actos, documentos ou expedientes (artigo 97, apartados 4 e 5). Por outra parte, os artigos 99 a 102 establecen a regulación das posibles incidencias que poidan xurdir no exercicio da función interventora (reparos, discrepancias e omisión de fiscalización).

O **control financeiro** ao que se refire o artigo 94 do TRLRFO ten por finalidade procurar que a xestión económico-financeira do sector público galego se adapte aos principios de legalidade, economía, eficacia e eficiencia. De acordo co artigo 103, exercerase con plena autonomía e independencia respecto ás autoridades e entidades das que se controle a súa xestión, e poderá realizarse en réxime ordinario ou en réxime permanente. Exercerase mediante a realización de auditorías ou outros tipos de control de conformidade co que se estableza regulamentariamente.

O control financeiro realizarase a través de dúas modalidades distintas:

- Control financeiro ordinario, que se iniciará por acordo do interventor xeral da Comunidade Autónoma, quen delimitará a clase e o alcance do control que se vai efectuar, e desenvolverase directamente por medio de funcionarios ou equipos de control destacados temporalmente para o efecto e dirixido por interventores dependentes do interventor xeral.
- Control financeiro permanente, que o exercerá a IXCA a través das intervencións delegadas nos servizos, organismos, sociedades e entes públicos nos que estea establecido este réxime de control, sen prexuízo das actuacións de control ordinario que, con carácter excepcional e alcance limitado, pode realizar directamente o citado centro directivo.

O control financeiro permanente realizarase de acordo coas seguintes características que recolle o artigo 105.2 do TRLRFO:

- a. Exercerao a Intervención Xeral da Comunidade a través das intervencións delegadas nos servizos, organismos, sociedades e entes públicos nos que estea establecido este réxime de control, sen prexuízo das actuacións de control ordinario que, con carácter excepcional e alcance limitado, poida realizar directamente o citado centro directivo.
- b. As actuacións e os traballos necesarios para o seu desenvolvemento efectuaranse de

forma permanente e continuada ao longo dos diferentes exercicios, e non se requirirá acordo expreso da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma para a súa iniciación.

- c. As ditas actuacións realizaranse, como regra xeral, sobre a base do principio de proximidade temporal respecto á actividade ou dos actos obxecto de control.
- d. A intervención delegada encargada do control financeiro permanente deberá recibir información permanente, actualizada e detallada da actividade obxecto de control, dos seus obxectivos e do avance no seu cumprimento, na forma e coa periodicidade que a dita oficina determina, co fin de ter un coñecemento completo desta.

O control financeiro ordinario enmarcará a súa actuación, de acordo co artigo 107 do TRLRFO, nun plan anual de auditorías que se debe realizar en cada exercicio, cuxa elaboración lle corresponde á Intervención Xeral da Comunidade.

O plan comprenderá as entidades sobre as que se realizen controis financeiros de carácter ordinario no exercicio económico a que se refira, con indicación, en cada caso, do tipo de control que se debe realizar e do seu alcance.

O dito plan terá carácter aberto e poderá ser modificado para a realización de controis específicos, en atención aos medios dispoñibles e por outras razóns debidamente ponderadas.

Para o desenvolvemento do control financeiro ordinario, a Intervención Xeral da Comunidade poderá solicitar a colaboración de empresas privadas de auditorías, que deberán axustarse ás normas e instrucións que determine o devandito centro directivo. Para solicitar esta colaboración será necesaria unha orde do conselleiro de Economía e Facenda na que se especificará a insuficiencia dos servizos da Intervención Xeral da Comunidade que xustifique a dita colaboración.

En desenvolvemento destas previsións legais, o título III da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia (DOG n.º 121, do 25 de xuño), regula o control financeiro de subvencións.

O control financeiro de subvencións exercerase sobre:

- a. As subvencións da Unión Europea percibidas pola Administración da Comunidade Autónoma de Galicia ou os organismos ou entidades vinculadas ou dependentes

daquela.

- b. Os beneficiarios e, se é o caso, entidades colaboradoras por razón das subvencións outorgadas pola Comunidade Autónoma de Galicia e organismos ou entidades vinculadas ou dependentes daquela con cargo aos orzamentos da Comunidade Autónoma de Galicia ou aos fondos da Unión Europea.

De acordo co artigo 46 da Lei 9/2007, no exercicio do control financeiro, o funcionario encargado de realizalo pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma será considerado axente da autoridade.

En segundo lugar, o control externo pode ser levado a cabo, como xa sinalamos, polo Parlamento ou polo Consello de Contas e polo Tribunal de Contas.

O control realizado polo Parlamento é un control “político” sobre o orzamento e o procedemento de execución orzamentaria. Este control pode ser de tres tipos:

- previo á execución orzamentaria
- simultáneo coa execución orzamentaria
- posterior á execución orzamentaria

O control previo exerceo o Parlamento ao aprobar os orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia. É o Parlamento o que mediante o exame, emenda e aprobación das leis anuais de orzamentos determina o contido e a distribución dos ingresos e gastos do orzamento ademais de establecer mediante o articulado da Lei de orzamentos as directrices para a súa execución.

Desta forma, o artigo 52 do TRLRFO sinala que “O *Proxecto de Lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma, acompañado da documentación establecida no apartado 5 do artigo anterior, se remitirá ao Parlamento de Galicia antes do 20 de outubro, para os efectos do artigo 53.1 do Estatuto de Autonomía de Galicia*”. Este artigo 53 atribúelle á Xunta ou Goberno a elaboración e aplicación do orzamento da Comunidade Autónoma galega, e ao Parlamento o seu exame, emenda, aprobación e control.

Estas competencias parlamentarias están desenvolvidas na sección 3ª, do capítulo III do título VI do Regulamento do Parlamento de Galicia.

O control simultáneo ou concomitante pódese realizar fundamentalmente a través das interpelacións, preguntas e das comisións de investigación. Ademais, tamén poderían incluírse como facultades de control as que posúe o Parlamento sobre a aprobación de certas modificacións orzamentarias, en particular sobre os suplementos de crédito e os créditos extraordinarios. As competencias do Parlamento neste último suposto recóllense no artigo 62 do TRLRFO, que sinala que:

- “1. Cando se deba realizar algún gasto con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma que non poida demorarse ata o exercicio seguinte e non exista crédito nos estados de gastos, ou sexa insuficiente e non ampliable o consignado, o conselleiro de Economía e Facenda, logo de informe da Dirección Xeneral competente en materia de orzamentos, someterá ao acordo da Xunta, para a súa remisión ao Parlamento, un proxecto de lei de concesión dun crédito extraordinario no primeiro caso ou dun suplemento de crédito no segundo, no que se especificarán necesariamente os recursos con que se financiará o gasto que por estas causas se xera, e o detalle do concepto orzamentario que se debe crear ou que é suplementado.
2. A pesar do indicado no punto anterior, se a necesidade de crédito extraordinario ou de suplemento de crédito se produce nun organismo autónomo e estes non supoñen aumento nos créditos do orzamento da Comunidade Autónoma, observaranse as seguintes normas:
 - a. A súa concesión será facultade do conselleiro de Economía e Facenda se o seu importe non excede do 5% do orzamento de gastos do organismo autónomo correspondente, e da Xunta de Galicia cando, superando esa porcentaxe, non supere o 10% do citado orzamento de gastos. As ditas porcentaxes aplicaranse de forma conxunta e acumulada para ambas as dúas clases de modificacións de crédito e ao longo do mesmo exercicio orzamentario.
 - b. No expediente de modificación orzamentaria, emitirá informe a consellaría á que estea adscrito o organismo autónomo que o promova, xustificando debidamente a necesidade e urxencia do gasto e propondo os recursos con que se financiará o incremento que se propón.
 - c. A Xunta de Galicia daralle conta trimestralmente ao Parlamento de Galicia dos

créditos extraordinarios e suplementos de crédito concedidos ao abeiro do previsto no apartado a) deste número”.

O control parlamentario exerceuse fundamentalmente por medio da Comisión Permanente de Economía, Facenda e Orzamentos, que, a través do presidente do Parlamento, poderá pedir tanta información e documentación necesite respecto á execución dos orzamentos, así como requirir a presenza dos membros da Xunta competentes por razón da materia, para informar das cuestións relacionadas coa xestión orzamentaria.

Todo o anterior establécese sen prexuízo dos casos en que preceptivamente a Comisión ou o propio Parlamento deban ser informados pola Xunta ou o presidente do Goberno, e que son:

- De acordo co artigo 117.3 do TRLRFO “Trimestralmente, o conselleiro de Economía e Facenda dará conta á Comisión 3ª, de Economía, Facenda e Orzamentos, do estado de execución orzamentaria”.
- De acordo co artigo 62.2.c do TRLRFO, “A Xunta de Galicia daralle conta trimestralmente ao Parlamento de Galicia dos créditos extraordinarios e suplementos de crédito concedidos ao abeiro do previsto no apartado a) deste número”.
- De acordo co artigo 65.2 do TRLRFO, “De cada modificación acordada en virtude do disposto neste artigo daráselle conta de modo singular, no prazo máximo de trinta días, á Comisión de Economía, Facenda e Orzamentos, con remisión de copia do correspondente expediente”.
- De acordo coa disposición adicional 2.ª do TRLRFO, “A Consellaría de Economía e Facenda, dentro dos primeiros quince días hábiles de cada mes, dará conta á Comisión de Economía, Facenda e orzamentos de todas as modificacións que se realicen de acordo co previsto nesta lei”.

Por último, o control parlamentario posterior ao procedemento de execución orzamentaria realízase a través da aprobación da Conta Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia.

A Conta Xeral atópase regulada no capítulo III do título V do TRLRFO (artigos 118 a 121). De acordo co artigo 121, “A Conta Xeral da Comunidade de cada ano formarase antes do

31 de agosto do ano seguinte ao que se refire e remitiráselle, logo de acordo da Xunta, ao Consello de Contas de Galicia e ao Tribunal de Contas dentro dos dous meses seguintes á súa formación”.

A Conta Xeral da Comunidade Autónoma deberá ser aprobada polo Parlamento de Galicia para os efectos de dar cumprimento ao disposto no apartado 1, letra b do artigo 10 do EAG (que sinala como unha das funcións do Parlamento de Galicia “Controlar a acción executiva da Xunta, aprobar os orzamentos e exercer as outras competencias que lle sexan atribuídas pola Constitución, por este estatuto, polas leis do Estado e polas do Parlamento de Galicia”).

A Conta Xeral comprenderá todas as operacións orzamentarias, patrimoniais e de tesouraría levadas a cabo durante o exercicio, e constará dos seguintes documentos:

- a. Conta da Administración da Comunidade.
- b. Conta dos organismos autónomos de carácter administrativo.
- c. Conta dos organismos autónomos de carácter industrial, comercial, financeiro ou análogo.
- d. Conta das sociedades públicas e demais entes públicos.
- e. Conta do patrimonio da Comunidade e dos seus organismos autónomos.

Achegarase á Conta Xeral un estado en que se reflicta o movemento e a situación dos avais concedidos pola Comunidade Autónoma e polas súas sociedades públicas.

En canto á súa “formación”, realizarase baseándose nos estados e documentos que determine a Consellaría de Economía e Facenda e, en particular, polos seguintes:

1. A liquidación do orzamento, na que se especifiquen os créditos iniciais e as súas modificacións, así como a liquidación dos estados de ingresos e gastos nas súas distintas fases de xestión orzamentaria.
2. Un estado demostrativo dos compromisos de gastos adquiridos con cargo a exercicios futuros, facendo uso do disposto no artigo 58 desta lei.
3. Un estado demostrativo da evolución e situación dos valores que se deben cobrar e das obrigas que se deben pagar procedentes de exercicios anteriores.

4. A Conta Xeral de Tesouraría que poña de manifesto a súa situación e as operacións realizadas durante o exercicio.
5. A Conta Xeral do endebedamento público.
6. O resultado do exercicio económico, que recollerá a determinación do superávit, o déficit ou nivelación da liquidación do orzamento, o remanente de Tesouraría resultante e a variación dos activos e pasivos financeiros.

Para os organismos autónomos, o artigo 120 establece unha serie de especialidades sinalando que, coas contas rendidas polos organismos autónomos e demais documentos que se lle deban render ao Consello de Contas de Galicia e ao Tribunal de Contas, a Intervención Xeral da Comunidade elaborará estados anuais agregados que permitan ofrecer unha visión global da xestión realizada no exercicio pola totalidade daqueles. Á Conta Xeral da Comunidade Autónoma unirase unha memoria na que se demostre o grao de cumprimento dos obxectivos previstos para cada un dos programas de gasto.

A Consellería de Economía e Facenda establecerá a estrutura e o contido das contas e estados a que fai referencia o artigo 120.1, así como das contas que deban render os demais entes do sector público de Galicia.

Analizado o control interno que debe realizar a IXCA e o control externo encomendado ao Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo á análise do Consello de Contas da última epígrafe deste tema, se trate, se cabe, de forma moi breve a institución do Tribunal de Contas, pola súa evidente competencia de control sobre a execución orzamentaria da Comunidade Autónoma de Galicia.

O **Tribunal de Contas** pódese definir como o supremo órgano fiscalizador das contas e da xestión económica do Estado e do sector público, sen prexuízo da súa propia xurisdición de acordo coa Constitución e a lei orgánica que o desenvolve. Na actualidade, e en desenvolvemento dos disposto no artigo 136 da CE, o Tribunal de Contas está regulado pola Lei orgánica 2/1982, do 12 de marzo (en diante LOTC), e pola Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas.

A natureza do Tribunal de Contas é dobre: fiscalizadora e xurisdiccional, conectada aos dous tipos de funcións que ten encomendadas. As súas notas características son as

seguintes:

- O Tribunal de Contas ten competencia exclusiva para todo o concernente ao goberno e réxime interior deste e ao persoal ao seu servizo (artigo 3 da LOTC).
- O Tribunal de Contas exercerá as súas funcións con plena independencia e sometemento ao ordenamento xurídico (artigo 5 da LOTC).
- O Tribunal de Contas elaborará o seu propio orzamento, que se integrará nos xerais do Estado, nunha sección independente e será aprobado polas Cortes Xerais (artigo 6 da LOTC).

Por último, o artigo 2.º da LOTC enumera como funcións propias do Tribunal de Contas as dúas seguintes:

- a. A fiscalización externa, permanente e consuntiva da actividade económico-financeira do sector público.
- b. O axuizamento da responsabilidade contable en que incorran os que teñan ao seu cargo o manexo de caudais ou efectos públicos.

As súas relacións coas comunidades autónomas e os seus órganos de control determínanse de forma sucinta no artigo 1.2 da LOTC, que sinala que o Tribunal de Contas “é único na súa orde e estende a súa xurisdición a todo o territorio nacional, sen prexuízo dos órganos fiscalizadores de contas que para as comunidades autónomas poidan prever os seus estatutos. Depende directamente das Cortes Xerais”. Esta previsión desenvólvese no artigo 29 da Lei 7/1988, que establece que:

1. *Os órganos de control externo das comunidades autónomas coordinarán a súa actividade coa do Tribunal de Contas mediante o establecemento de criterios e técnicas comúns de fiscalización que garantan a maior eficacia nos resultados e eviten a duplicidade nas actuacións fiscalizadoras.*
2. *Para os mesmos efectos, os órganos de referencia remitiranlle ao Tribunal de Contas, tan pronto os teñan aprobados ou, se é o caso, dentro dos prazos legalmente establecidos, os resultados individualizados do exame, comprobación e censura das contas de todas as entidades do sector público autonómico, así como os informes ou memorias anuais acerca das súas respectivas contas xerais e os informes ou*

memorias, mocións ou notas en que se concrete a análise da xestión económico-financeira das entidades que integren o sector público autonómico ou das subvencións, créditos, avais ou outras axudas do dito sector percibidas por persoas físicas ou xurídicas.

Os informes ou memorias deberán remitirse acompañados dos antecedentes e do detalle necesarios, co obxecto de que o Tribunal de Contas poida examinalos, practicar, se é o caso, as ampliacións e comprobacións que estime necesarias e incorporar as súas propias conclusións, se resultase procedente, á memoria anual que se vai remitir ás Cortes Xerais ou ás asembleas lexislativas das comunidades autónomas ou ás memorias extraordinarias a que se refire o artigo 28.2 desta lei.

- 3. O Tribunal de Contas, mediante acordo plenario, poderá solicitar dos órganos de fiscalización externa das comunidades autónomas a práctica de funcións fiscalizadoras concretas, tanto se se refiren ao sector público autonómico como ao estatal.*
- 4. Malia o anterior, nas comunidades autónomas que non tivesen establecido órgano de control externo, o Tribunal de Contas poderá establecer seccións territoriais deste para o cumprimento das funcións propias.*

3.- O CONSELLO DE CONTAS

O EAG, no seu artigo 53.2, sinala que “Sen prexuízo do disposto no artigo 136 e no apartado d) do artigo 153 da Constitución, se crea o Consello de Contas de Galicia. Unha lei de Galicia regulará a súa organización e funcionamento e establecerá as garantías, normas e procedementos para asegurar a rendición das contas da Comunidade Autónoma, que deberá someterse á aprobación do Parlamento”.

A Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, de financiamento das comunidades autónomas (en diante LOFCA), establece no seu artigo 22 a posibilidade de que no control da actividade financeira das comunidades autónomas poidan concorrer o Tribunal de Contas e outras institucións de control que establecesen as comunidades autónomas nos seus estatutos.

Todo o anterior non impide o establecido polo artigo 136 da Constitución española analizado na epígrafe anterior e polo artigo 153 da CE, que sinala que:

“O control da actividade dos órganos das comunidades autónomas será exercido:

- a. Polo Tribunal Constitucional, o relativo á constitucionalidade das súas disposicións normativas con forza de lei.
- b. Polo Goberno, logo de ditame do Consello de Estado, o de exercicio de funcións delegadas a que se refire o apartado 2 do artigo 150.
- c. Pola xurisdición contencioso-administrativa, o da administración autónoma e as súas normas regulamentarias.
- d. Polo Tribunal de Contas, o económico e orzamentario”.

En desenvolvemento do artigo 53 do EAG, aprobouse a Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas (en diante LCC). Esta lei foi obxecto de modificación pola Lei 4/1986, do 26 de decembro, de modificación da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas.

De acordo co establecido na súa normativa reguladora, o Consello de Contas de Galicia:

- configúrase como un órgano estatutario
- exerce o control externo da actividade económico-financeira da Comunidade Autónoma de Galicia
- depende directamente do Parlamento de Galicia
- desenvolve as súas funcións con plena independencia e sometemento ao ordenamento xurídico vixente

O artigo 1 da LCC sinala que o Consello de Contas, “como órgano de fiscalización das contas e da xestión económico-financeira e contable, exercerá a súa función en relación coa execución dos programas de ingresos e gastos do sector público da Comunidade Autónoma”.

É necesario, polo tanto, definir que se entende por sector público para estes efectos, para coñecer cal é o ámbito de actuación do Consello de Contas. O artigo 2 da LCC sinala que, para os efectos desta lei, compoñen o sector público:

- A Administración autonómica e os seus organismos autónomos.
- As entidades locais e os seus organismos autónomos, así como as empresas públicas dependentes destas, no ámbito competencial das institucións de autogoberno.

- As empresas públicas, calquera que sexa a súa forma xurídica, dependentes da Administración autonómica.
- As corporacións a que se refire o número 29 do artigo 27 do Estatuto de autonomía de Galicia, é dicir, confrarías de pescadores, cámaras da propiedade agrarias, de comercio, industria e navegación e outras de natureza equivalente, sen prexuízo do que dispón o artigo 149 da Constitución.

En canto á súa composición, o Consello de Contas ten, de acordo co artigo 6 da LCC, os seguintes órganos:

1. O Pleno.
2. O conselleiro maior.
3. A Comisión de Goberno.
4. As seccións:
 - a. De fiscalización.
 - b. De axuizamento.
5. A Secretaría Xeral.

A esta estrutura de órganos haberá que sumar a figura dos conselleiros de contas.

O Pleno estará integrado por cinco conselleiros, dos que un será o conselleiro maior. Quedará validamente constituído cando estean presentes tres dos seus membros, e os acordos serán adoptados por maioría dos presentes. O Pleno será convocado polo conselleiro maior, por iniciativa propia ou sempre que o soliciten, polo menos, dous dos seus membros.

Correspóndelle ao Pleno:

- A. Exercer a función fiscalizadora de acordo coas disposicións desta lei.
- B. Adoptar as disposicións necesarias para cumprir os fins que esta lei lle encomenda ao Consello de Contas.
- C. Aprobar o proxecto de orzamento.
- D. Aprobar todos os informes, memorias, propostas, ditames e consultas que

formulen os órganos competentes do Consello de Contas.

- E. Propor o nomeamento dun dos seus membros para o cargo de conselleiro maior.
- F. Resolver os conflitos de atribucións e cuestións de competencia entre os diversos órganos do Consello de Contas.
- G. Designar os presidentes das seccións.
- H. Nomear o secretario xeral.
- I. Formular os conflitos que afectan ás competencias ou atribucións do consello.
- L. Decidir sobre a instrución do procedemento a que se refire o número 1 do artigo 5 desta lei.
- LL. As demais funcións que, por lei, se lle encomenden.

O conselleiro maior será nomeado por un período de tres anos polo presidente da Xunta, por proposta do Pleno, de entre os seus membros. O conselleiro maior cesará no seu cargo:

- Por expiración do período do seu mandato,
- Por renuncia,
- Por invalidez permanente, que o incapacite para o exercicio da súa función, ou
- Cando perda a súa condición de conselleiro.

O conselleiro maior será substituído provisionalmente en caso de ausencia e enfermidade, así como no suposto de vacante, ata que se produza o novo nomeamento, polo conselleiro de maior antigüidade de entre os que integran a Comisión de Goberno, dirimíndose a substitución, en caso de empate, en favor do conselleiro de maior idade.

Son atribucións do conselleiro maior:

- a. Representar o Consello de Contas.
- b. Convocar e presidir o Pleno e a Comisión de Goberno, así como decidir co seu voto de calidade en caso de empate.
- c. Exercer a xefatura superior do persoal.
- d. Dispor os gastos propios do consello e a contratación de obras, bens, servizos e

subministracións e demais prestacións necesarias para o seu funcionamento.

- e. Resolver as demais cuestións de carácter interno non asignadas a outros órganos do consello.
- f. As demais que lle recoñeza a lei.

A Comisión de Goberno está constituída polo conselleiro maior e os conselleiros de contas presidentes de sección.

Correspóndelle á Comisión de Goberno:

- a. Establecer o réxime de traballo do persoal.
- b. Distribuír os asuntos entre as seccións.
- c. Exercer as funcións relativas ao nomeamento e contratación do persoal, goberno e administración en xeral.
- d. Exercer a potestade disciplinaria respecto ao persoal, de acordo coas normas de réxime interior.
- e. Nomear os delegados instrutores.
- f. As outras facultades que o Pleno delegue para a maior eficacia no exercicio das funcións propias do Consello.

En relación coas seccións (artigo 10 da LCC), corresponderalle á sección de fiscalización a verificación da contabilidade das entidades do sector público de Galicia e o exame e a comprobación das súas contas. Organizarase en departamentos sectoriais, á fronte dos cales estará un conselleiro por cada un.

Por outra parte, correspóndelle á sección de axuizamento, no marco establecido polo artigo 5 desta lei, a instrución dos procedementos xurisdicionais e o axuizamento das responsabilidades contables daqueles que teñen ao seu cargo caudais ou efectos públicos conforme as funcións do Consello de Contas.

En ambos os dous casos, os presidentes das seccións serán designados polo Pleno, para un período de tres anos.

Por último, dentro da clasificación orgánica do artigo 6, correspóndelle á Secretaría Xeral:

- desempeñar as funcións conducentes ao axeitado exercicio das competencias governativas do pleno, da Comisión de Goberno e do conselleiro maior en todo o relativo ao réxime interior do Consello de Contas,
- velar especialmente pola redacción das actas das sesións do Pleno e da Comisión de Goberno,
- formar o anteproxecto de orzamento e o proxecto de memoria anual que se deban someter ao Pleno.

Mención especial requiren os conselleiros de contas, regulados no artigo 12 e seguintes da LCC, que establece que os conselleiros, en número de cinco, son designados polo Parlamento mediante votación por maioría de tres quintas partes, para un período de seis anos. De se produciren vacantes, cubriranse de acordo co establecido anteriormente e polo tempo que reste de mandato.

Os conselleiros de contas son independentes e inamovibles e serán elixidos entre conselleiros do Tribunal de Contas, censores xurados de contas, maxistrados, fiscais, funcionarios públicos pertencentes a corpos que esixen a titulación académica superior, e entre licenciados en dereito, en ciencias económicas, en ciencias empresariais e intendentos mercantís, de recoñecida competencia, con máis de doce anos de exercicio profesional.

Non poderán ser designados conselleiros de contas os que, nos dous anos anteriores, estivesen comprendidos nalgún dos supostos que se citan a continuación:

- a. As autoridades ou funcionarios que teñen ao seu cargo a xestión, inspección ou intervención dos ingresos e gastos do sector público de Galicia.
- b. Os presidentes, directores e membros dos consellos de administración de organismos autónomos e das empresas integradas no sector público de Galicia.
- c. Os particulares que, excepcionalmente, administren, recaden ou custodien fondos ou valores públicos.
- d. Os perceptores das subvencións con cargo a fondos públicos.
- e. Calquera outra persoa que teña a condición de contadante ante o Consello de Contas.

- f. Os beneficiarios de avais ou exencións fiscais directas e persoais, concedidas por calquera dos entes indicados no artigo 2.

Por último, sinala o artigo 13 que “Os membros do Consello de Contas estarán suxeitos ás mesmas causas de incapacidade, incompatibilidade e prohibicións establecidas para os xuíces na Lei orgánica do poder xudicial”.

Sinalada a organización do Consello de Contas, as súas funcións son dúas basicamente:

- función fiscalizadora,
- función de axuizamento contable (aínda que, en relación con esta función, cómpre ter en conta a Sentenza 18/1991, do 31 de xaneiro, do pleno do Tribunal Constitucional, no recurso de inconstitucionalidade 890/1985, promovido polo Goberno da nación contra determinados preceptos da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Parlamento de Galicia, do Consello de Contas, que máis adiante se recolle),

Dentro da primeira destas funcións, correspóndelle ao Consello de Contas:

- a. Fiscalizar as funcións económico-financeiras do sector público de Galicia, velando para que se axuste ao ordenamento xurídico e ao principio de racionalidade determinado por criterios de eficiencia e economía.
- b. Fiscalizar as subvencións, os créditos e as axudas con cargo aos orzamentos dos entes públicos galegos, así como os avais e exencións fiscais directas e persoais concedidas por aqueles entes, xa sexa percibidas por persoas físicas ou xurídicas.
- c. Fiscalizar os contratos asinados pola Administración autonómica e outros entes do sector público de Galicia nos casos en que se estableza así, ou que o Consello de Contas o considere conveniente.
- d. Fiscalizar a situación e as variacións do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia e demais entes públicos galegos.
- e. Fiscalizar os créditos extraordinarios e suplementos de créditos, así como as incorporacións, ampliacións, transferencias e demais modificacións dos créditos orzamentarios iniciais.
- f. Emitir ditames e consultas que en materia de contabilidade pública e de xestión

económico-financeira lle soliciten as institucións e os entes públicos galegos.

- g. Analizar a utilización dos recursos dispoñibles, atendendo ao menor custo na realización do gasto e formular as propostas tendentes a mellorar os servizos prestados polo sector público de Galicia.
- h. Fiscalizar o grao de cumprimento dos obxectivos propostos nos diversos programas orzamentarios e nas memorias das subvencións, créditos, axudas e dos avais, e indicar, se é o caso, as causas de incumprimento.

En canto á función de axuizamento contable, de acordo co artigo 5 da LCC, “se no exercicio da súa función fiscalizadora o Consello de Contas advertise a existencia de indicios de responsabilidade contable, instruirá o oportuno procedemento xurisdiccional e dará traslado das correspondentes actuacións ante o Tribunal de Contas para que este efectúe o axuizamento destas”.

En relación co inciso “instruirá o oportuno procedemento xurisdiccional”, foi declarado inconstitucional e nulo pola Sentenza 18/1991, do 31 de xaneiro, do pleno do Tribunal Constitucional, no recurso de inconstitucionalidade 890/1985, promovido polo Goberno da nación contra determinados preceptos da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Parlamento de Galicia, do Consello de Contas. Esta sentenza sinalou que *“se debe considerar que, efectivamente, o artigo impugnado vén contradicir o deseño que a Lei orgánica 2/1982 leva a cabo das funcións do Tribunal de Contas, por conferirlle ao Consello de Contas da Comunidade Autónoma de Galicia competencias que deben inscribirse na función de axuizamento de responsabilidades contables que lle corresponden en exclusiva a ese tribunal. As actividades de «instrución de procedementos xurisdiccionais» aparecen estreitamente vinculadas ao axuizamento estrito por responsabilidades contables, o que se deduce tanto das disposicións ao respecto da Lei orgánica do Tribunal de Contas como da posterior Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento dese tribunal”*.

Polo tanto, cómpre precisar que, en materia de axuizamento contable, o Consello de Contas só realizará as funcións que lle delegue o Tribunal de contas, de acordo co que prevé a Lei orgánica 2/1982, do 12 de maio.

Por último, debemos facer unha breve referencia á documentación e procedemento do Consello de Contas no exercicio das súas funcións. A documentación das actuacións do

Consello de Contas regúlase nos artigos 19 e 20, que distingue: mocións, notas, informes e memorias, ademais dunha memoria anual.

En primeiro lugar, o resultado da fiscalización farase constar por medio de mocións ou notas dirixidas á autoridade, organismo ou entidade ás que afecten e de memorias ordinarias ou extraordinarias, que se enviarán ao Parlamento de Galicia, con remisión de copias á Xunta de Galicia e ás indicadas autoridades, organismos e entidades afectadas, e publicaranse no *Diario Oficial de Galicia*. Ademais, o Consello de Contas fará constar cantas infraccións, abusos ou practicas irregulares observase, con indicación da responsabilidade en que, ao seu xuízo, se incorrese e das medidas para exixila.

Por outra banda, o Consello de Contas poderá emitir en calquera momento, por petición do Parlamento ou por iniciativa propia, informes ou memorias relativas ás funcións sinaladas nesta lei.

Por último, o Consello de Contas de Galicia deberá elaborar e enviar ao Parlamento unha memoria das súas actividades, que comprenderá a análise da conta xeral da Comunidade Autónoma e das demais do sector público de Galicia. Estenderase, ademais, á fiscalización da xestión económica da comunidade e do sector público galego, e comprenderá, entre outros, os seguintes extremos:

- a. Observancia da Constitución, do Estatuto de Autonomía de Galicia, das leis reguladoras dos ingresos e gastos do sector público de Galicia e, en xeral, das normas que afectan á actividade económico-financeira e contable deste.
- b. Cumprimento das previsións e da execución dos orzamentos da Comunidade Autónoma, das entidades locais e demais entidades suxeitas á súa fiscalización.
- c. Racionalidade na execución do gasto público baseado en criterios de eficacia e economía.
- d. Execución dos programas de actuación, investimentos e financiamento e demais plans ou previsións que rexan a actividade das empresas públicas e das empresas vinculadas á Comunidade Autónoma, así como o emprego ou aplicación de subvencións con cargo ao orzamento da Comunidade Autónoma e das exencións fiscais directas e persoais concedidas.

Como corolario, o Consello de Contas propondrá as medidas que cumpra adoptar, se é o caso, para a mellora da xestión económico-financeira do sector público de Galicia.

Así mesmo, a memoria anual conterá un informe das actividades xurisdiccionais do Consello durante o exercicio correspondente.

En canto ao procedemento de actuación do Consello de Contas, o artigo 23 establece un deber de colaboración para todas as entidades a que se refire o artigo 2, que colaborarán con Consello de Contas en exercicio das funcións deste, estando obrigadas a subministrarlle cantos datos, estado, documentos, antecedentes ou informes lles solicite. O incumprimento dos requirimentos do consello poderá supor a aplicación das sancións legalmente establecidas (coa particularidade de que, se os requirimentos se refiren á reclamación de xustificantes de investimentos ou gastos públicos e non son cumpridos no prazo solicitado, se iniciará de oficio o oportuno expediente de reintegro). O Consello de Contas porá en coñecemento do Parlamento de Galicia a falta de colaboración dos obrigados a prestala.

Os procedementos para o exercicio da función fiscalizadora impulsaranse de oficio en todos os seus trámites. A iniciativa correspóndelle ao propio consello e ao Parlamento de Galicia, e os requirimentos de inhibición feitos ao Consello de Contas non producirán a suspensión do respectivo procedemento.

A presentación de contas realizarase de acordo co artigo 25 da LCC, que sinala que o Consello de Contas, por delegación do Parlamento de Galicia, procederá ao exame e comprobación da conta xeral da Comunidade Autónoma, dentro do prazo de seis meses, a partir da data en que se rendese. O Pleno ditará a declaración definitiva que lle mereza para enviala ao Parlamento, coa oportuna proposta, dando traslado á Xunta de Galicia, a cal deberá dispor a publicación das conclusións no *Diario Oficial de Galicia*.

En particular, as entidades locais deberán enviar as contas de cada exercicio directamente ao Consello antes do 31 de xullo do ano seguinte ao do final do exercicio. O Consello de Contas debe formar e unir a conta xeral das entidades locais, que debe ser recoñecida polo Parlamento. Ademais, a conta xeral da Comunidade Autónoma xuntarase á conta xeral de operacións realizadas polas corporacións a que se refire o número 29 do artigo 27 do Estatuto de autonomía de Galicia.

Para estes efectos, considéranse contadantes os funcionarios e demais persoal das entidades do sector público galego que teñan ao seu cargo a xestión dos ingresos e gastos públicos, así como as demais operacións de administración.

- a. Os presidentes ou directores dos organismos autónomos e empresas públicas a que se refire o artigo 2 desta lei.
- b. Os particulares que, excepcionalmente, administren, recaden ou custodien fondos ou valores da Comunidade Autónoma, sen prexuízo de que sexan intervidas as respectivas operacións.
- c. Os perceptores das subvencións correntes a que se refire o artigo 58, apartado 3, e artigo 85, apartado 3, da Lei 3/1984, do 3 de abril, da xestión económica e financeira pública de Galicia.

Os artigos 27 e 28 establecen os medios de constrinximento e multas coercitivas que se imporán en caso de incumprimento.

Por último, os artigos 21 e 22 da LCC establecen as relacións entre o Consello de Contas e o Parlamento de Galicia, sinalando que “unha comisión parlamentaria se encargará das relacións do Parlamento co Consello de Contas” e que “o exame das contas do Consello de Contas lle corresponde ao Parlamento de Galicia, ao que se deberán trasladar con esta finalidade como un anexo na memoria anual”.

JACINTO ÁLVAREZ SOMOZA

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

TEMA 6

A INTERVENCIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A FUNCIÓN INTERVENTORA

TEMA 6. A INTERVENCIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. A FUNCIÓN INTERVENTORA

1. INTRODUCCIÓN

A xestión financeira caracterizouse como a realización do conxunto das funcións asignadas comunmente, na teoría e na lexislación positiva, á competencia da facenda pública.

Desde a perspectiva anterior pode definirse o control da dita xestión como “o proceso e efecto de fiscalización e revisión da actividade financeira dos entes públicos, o que dá lugar a unha supervisión da actividade económico-financeira levada a cabo polos órganos executivos”, ou, máis brevemente, como “a inspección, fiscalización e intervención da actividade financeira dos entes públicos”.

A actividade financeira que desenvolve a facenda pública da Comunidade Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedemento de supervisión que garanta que a distribución e xestión dos recursos públicos se realice tendo en conta criterios de eficacia e eficiencia. Ademais, este procedemento permitirá controlar que a acción de Goberno se faga conforme os principios de equidade, solidariedade e equilibrio territorial, todo o anterior tal como exige o artigo 2 do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro (en diante TRLRFO).

Esa actividade de supervisión é o que podemos denominar como “control orzamentario”. Os anteriores fins e concepto complétanse cos “principios orzamentarios e de control” que recolle o artigo 4 do TRLRFO:

- “1. A actividade económico-financeira da Comunidade Autónoma de Galicia estará sometida ao réxime de orzamento anual e aos principios de control interno, de contabilidade e de unidade de caixa que se determinan nesta lei.
2. Todas as actividades que dean lugar ao recoñecemento de dereitos e obrigas de contido económico ou ao manexo de fondos públicos deberán estar controladas ou intervidas conforme as normas desta lei e sometidas ao réxime de rendemento de contas ao Consello de Contas e ao Tribunal de Contas, de acordo coas disposicións que os regulan.

3. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma será o órgano encargado da execución das funcións de control interno e de contabilidade reguladas nesta lei.
4. A Comunidade Autónoma de Galicia, de acordo cos procedementos legais establecidos, poderalles exixir as indemnizacións económicas que sexan procedentes aos responsables da custodia e do manexo dos fondos públicos polos prexuízos que puidesen ocasionar, con independencia das demais responsabilidades de carácter civil, penal ou disciplinario en que puidesen incurrir”.

O control orzamentario pode clasificarse desde os seguintes puntos de vista:

a) Polo órgano que o exerce:

- Control externo, que pode ser exercido polo Parlamento (parlamentario) ou xurisdicional (exercido polo Tribunal de Contas e o Consello de Contas, aínda que para este último se cingue á instrución do procedemento e posterior traslado das actuacións ao Tribunal de Contas, que será o encargado do axuizamento, salvo que o propio Tribunal de Contas lle delegase a función de axuizamento).
- Control interno, exercido pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia (en diante IXCA).

b) Polo momento no que se realiza o control:

- Previo á execución orzamentaria ou preventivo.
- Simultáneo á execución orzamentaria ou concomitante.
- Ulterior ou posterior á execución orzamentaria.

c) Pola natureza do control:

- De legalidade, que verifica o cumprimento do ordenamento xurídico vixente.
- Financeiro, que verifica todos os aspectos económico-financeiros.
- De eficacia, que verifica o cumprimento de obxectivo.
- De eficiencia, que verifica o cumprimento dos obxectivos co menor custo posible.

d) Pola materia sobre a que recae:

- Control sobre os ingresos.

- Control sobre os gastos.

A primeira das clasificacións sinaladas é a que adquiriu unha maior relevancia e é a que servirá como apoio para o desenvolvemento desta epígrafe.

Centrándonos na Comunidade Autónoma de Galicia, no noso ordenamento o control da execución orzamentaria durante o propio proceso de execución é fundamentalmente interno, é dicir, é realizado exclusivamente polos órganos da Administración dependentes da Consellería de Facenda (Decreto 101/2014, do 1 de agosto, polo que se establece a estrutura da Consellería de Facenda, DOG n.º 209, do 31 de outubro de 2014).

En concreto, o control interno está atribuído polo TRLRFO (como xa vimos no seu artigo 4) á IXCA. En particular, así se recolle no título V do TRLRFO, “Do control interno e da contabilidade” (artigos 93 e ss).

O artigo 93 sinala que “O control interno da actividade económico-financeira da Comunidade, dos seus organismos autónomos e entes públicos e das sociedades públicas o exercerá a Intervención Xeral, sen prexuízo das competencias do Consello de Contas de Galicia e, se é o caso, do Tribunal de Contas. 2. A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma exercerá as súas funcións de control interno con plena autonomía respecto aos órganos responsables da xestión controlada”.

O exercicio do control interno pola IXCA realízase fundamentalmente a través de dous instrumentos:

- A función interventora.
- O control financeiro.

Tal como sinala o artigo 94 do TRLRFO, a función interventora ten por obxecto controlar todos os actos, documentos e expedientes da Comunidade e dos seus organismos autónomos dos que puidesen derivar dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e pagamentos que deles deriven e, en xeral, a recadación, o investimento ou a aplicación dos fondos públicos, co fin de asegurar que a xestión dos órganos controlados se axuste ás disposicións aplicables a cada caso.

Pola súa banda, o control financeiro exercerao a Intervención Xeral de conformidade co previsto en cada caso e na forma que regulamentariamente se estableza respecto dos

servizos da Comunidade, dos organismos autónomos, dos entes públicos e das sociedades públicas para comprobar o seu axeitado funcionamento tanto no aspecto organizativo como no económico-financeiro. Así mesmo, exercerase o control financeiro respecto ás sociedades mercantís, empresas, entidades e particulares por razón das subvencións, créditos, avais e demais axudas da Comunidade ou dos seus organismos autónomos, concedidos con cargo aos orzamentos xerais da Comunidade. Neste caso o control financeiro terá por obxecto comprobar a axeitada e correcta obtención e utilización das indicadas subvencións e axudas e o cumprimento dos obxectivos que con elas se pretenden alcanzar.

2. A INTERVENCIÓN XERAL DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

ORGANIZACIÓN E FUNCIÓNS

De acordo co artigo 96 do TRLRFO, “A función interventora exercerase conforme os principios de autonomía funcional, exercicio desconcentrado, xerarquía interna e actuación contraditoria.

O exercicio da función interventora organizarase de forma desconcentrada, a través das intervencións delegadas situadas en ou próximas aos órganos sometidos a control. O interventor xeral da Comunidade Autónoma poderá avocar o exercicio da función respecto a calquera acto ou expediente que considere oportuno.

Reglamentariamente establecerase a competencia dos interventores delegados do interventor xeral”.

O Decreto 101/2014, do 1 de agosto, establece a estrutura orgánica da Consellería de Facenda, determinando as competencias de cada un dos seus órganos e as funcións que deben desenvolver as unidades que os integran.

Segundo o citado decreto, para o desempeño das súas funcións, a Consellería de Facenda estrutúrase nos seguintes órganos:

- Conselleiro.
- Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio.
- Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

- Dirección Xeral de Planificación e Orzamentos.
- Dirección Xeral de Política Financeira e Tesouro.
- Dirección Xeral de Proxectos e Fondos Europeos.
- Dirección Xeral da Función Pública.
- Órganos colexiados.

Á Intervención Xeral, órgano que nos ocupa neste tema, dedícalle o decreto o capítulo III “A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma”. Este capítulo está integrado por oito artigos:

- Artigo 11.- Competencias.
- Artigo 12.- Estrutura.
- Artigo 13.- Funcións e estrutura da Subdirección Xeral de Fiscalización e Control Interno.
- Artigo 14.- Funcións e estrutura da Subdirección Xeral de Contabilidade.
- Artigo 15.- Funcións e estrutura da Subdirección Xeral de Auditoría de Fondos Comunitarios e Subvencións.
- Artigo 16.- Funcións e estrutura da Subdirección Xeral de Control Financeiro Permanente e Auditoría do Sector Público.
- Artigo 17.- Funcións e estrutura da Subdirección Xeral de Coordinación e Relacións co Consello de Contas.
- Artigo 18.- Funcións e estrutura das intervencións delegadas nas consellarías.

Pola súa importancia, recolleremos neste tema o contido dos dous primeiros artigos.

O **artigo 11** refírese ás **competencias** da Intervención Xeral, e establece:

1. “Correspóndenlle á Intervención Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia, baixo a dependencia da persoa titular da Consellería de Facenda, as seguintes competencias:
 - Efectuar o control interno da actividade económico-financeira da Comunidade Autónoma de Galicia, mediante o exercicio da función interventora e do control financeiro na forma e co contido previstos no capítulo I do título V do Texto



refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia (LG 1999, 362).

- A dirección e xestión da contabilidade pública na forma e co contido previstos nos capítulos II e III do título V do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e na súa normativa de desenvolvemento.
- A dirección da contabilidade das entidades que forman parte do sector público da Comunidade Autónoma de Galicia, nos termos dispostos no texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e na súa normativa de desenvolvemento.
- As actuacións de control financeiro de subvencións, de acordo co disposto na Lei 9/2007 (LG 2007, 238), de subvencións de Galicia, e demais normativa de desenvolvemento.
- As actuacións de auditoría de fondos comunitarios que lle correspondan, de conformidade co establecido nos regulamentos comunitarios e a restante normativa de aplicación.
- A xestión da información económico-financeira e formulación de informes e propostas de actuación derivadas do exercicio das súas funcións contables e de control.
- O exercicio das demais funcións que ao dito órgano lle asigna a lei e demais normativa de aplicación.

2. Son competencia propia da Intervención Xeral, sen prexuízo da súa delegación:

a) A fiscalización previa dos seguintes gastos:

- Os de contía indeterminada.
- Os que deben ser aprobados polo Consello da Xunta de Galicia ou afecten a máis dunha consellaría.
- Aqueles que deban ser sometidos a informe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia ou doutro alto órgano consultivo.

b) A emisión de informes de expedientes de gasto que deban ser sometidos á autorización do Consello da Xunta de Galicia.

- c) A facultade de avocar a fiscalización previa de calquera acto ou expediente.
- d) O nomeamento de representantes da Intervención Xeral, así como a designación de funcionarios asesores para a comprobación material das cantidades destinadas a obras, subministracións, adquisicións e servizos, de conformidade coa normativa aplicable en cada caso.

Con respecto á **estrutura** da Intervención Xeral, recóllese no **artigo 12** o seguinte:

1. "Da Intervención xeral da Comunidade Autónoma dependerán as seguintes unidades administrativas, con nivel orgánico de subdirección xeral, que realizarán as funcións que para cada unha delas se sinalan, sen prexuízo daquelas outras que dentro do seu ámbito se lle asignen:
 - A Subdirección Xeral de Fiscalización e Control Interno.
 - A Subdirección Xeral de Contabilidade.
 - A Subdirección Xeral de Auditoría de Fondos Comunitarios e Subvencións.
 - A Subdirección Xeral de Control Financeiro Permanente e Auditoría do Sector Público.
 - A Subdirección Xeral de Coordinación e Relacións co Consello de Contas.
 - As intervencións delegadas nas consellarías.
2. Así mesmo, a Intervención Xeral da Comunidade Autónoma desenvolverá as funcións que son propias da súa competencia por si mesma ou a través dos seguintes órganos:
 - As intervencións delegadas en cada consellaría.
 - As intervencións delegadas nas entidades públicas instrumentais do sector público autonómico.
 - As intervencións territoriais delegadas.

3. A FUNCIÓN INTERVENTORA

O control previo de legalidade de ingresos, de gastos e pagamentos, os distintos momentos de exercicio deste control e a omisión polo órgano xestor do trámite do control

interno serán os temas que desenvolveremos dentro desta epígrafe da función interventora.

O Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia, aprobado polo Decreto legislativo 1/1999, do 7 de outubro, dedica a sección segunda do capítulo I do título V á función interventora na Comunidade Autónoma.

Os **principios** que rexen o exercicio do control interno a través da función interventora recóllense no artigo 96, que establece:

1. "A función interventora exercerase de acordo cos principios de autonomía funcional, exercicio desconcentrado, xerarquía interna e actuación contraditoria.
2. O exercicio da función interventora organizarase de forma desconcentrada a través das intervencións delegadas situadas ou próximas aos órganos sometidos a control. O interventor xeral da Comunidade poderá avocar o exercicio da función respecto de calquera acto ou expediente que considere oportuno.

Reglamentariamente establecerase a competencia dos interventores delegados do interventor xeral da Comunidade Autónoma".

Este desenvolvemento regulamentario, como vimos antes, recóllese actualmente no Decreto 101/2014, do 1 de agosto, no que se aproba a estrutura orgánica da Consellería de Facenda, e que nos seus artigos 18 e 23 desenvolve respectivamente as competencias das intervencións delegadas e as das intervencións delegadas territoriais.

Polo que respecta ao exercicio concreto da función interventora, esta desenvólvese a través de distintas **fases**, recollidas expresamente no artigo 95.1 do TRLRFO, que dispón:

"A función interventora exercerase a través das seguintes fases:

- a. A fiscalización previa de todo acto, documento ou expediente susceptible de producir dereitos e obrigas de contido económico ou movemento de fondos e valores.
- b. A intervención formal da ordenación do pagamento.
- c. A intervención material do pagamento.
- d. A intervención da aplicación das cantidades destinadas a obras, subministracións,

adquisicións e servizos, que comprenderá o exame documental e, se é o caso, a comprobación material”.

Polo que se refire aos ingresos, o artigo 97.6 do TRLRFO establece que “a fiscalización previa dos dereitos será substituída pola inherente á toma de razón en contabilidade, e estableceranse as actuacións comprobatorias posteriores que determine a intervención Xeral da Comunidade Autónoma”. Isto quere dicir que, en principio, os dereitos e ingresos teñen un control previo pleno, que na medida en que se regule un control posterior pleno se converterá nunha simple toma de razón en contabilidade no momento inicial de recepción do dereito ou ingreso.

En canto ás **competencias** que son inherentes á función interventora, sinala o artigo 95.2 as seguintes:

- a) Interpor recursos e reclamacións nos supostos recollidos nas disposicións vixentes.
- b) Solicitar dos órganos competentes o asesoramento xurídico ou os informes técnicos que se precisen en función da natureza do acto, documento ou expediente intervido, así como os antecedentes e documentos necesarios para o exercicio da dita función.

Despois de todo o exposto, pasamos a analizar o contido concreto do exercicio da función interventora. Aínda que, como vimos, o control da intervención se exerce de forma xeral mediante un control previo e pleno, a normativa recolle algunhas excepcións referidas tanto ao momento do control admitindo en ocasións en que este non se realice nun momento previo ao de realización do gasto ou ingreso como á intensidade na realización do control, prevendo supostos de intervención limitada a determinados requisitos establecidos por acordo do Consello da Xunta.

Así, o artigo 97 do TRLRFO regula a intervención limitada, establecendo:

- 1. “Non estarán sometidos a intervención previa:
 - a) Os gastos de obras, de xestión de servizos públicos, de subministracións, de consultoría e asistencia e de servizos, por importe inferior ao que, de ser o caso, se estableza na Lei de orzamentos de cada ano.
 - b) Os gastos de carácter periódico e demais de tracto sucesivo, unha vez



intervido o gasto correspondente ao período inicial do acto ou contrato de que deriven, ou as súas modificacións, así como aqueloutros gastos que, de acordo coa normativa vixente, se fagan efectivos a través do sistema de anticipos de caixa fixa.

- c) A autorización e disposición das subvencións que figuren nos orzamentos con asignación nominativa.
2. A Xunta de Galicia poderá acordar despois do informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, que a intervención previa en cada unha das consellarías ou nos seus distintos servizos, organismos autónomos ou sociedades e entes públicos se limite a comprobar os seguintes extremos:
- a) A existencia de crédito orzamentario e que este é adecuado á natureza do gasto ou da obriga que se pretende contraer. Nos casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual, comprobarase ademais se se cumpre o preceptuado no artigo 58 da lei.
 - b) Que as obrigas e os gastos as xeren órganos competentes.
 - c) Aqueloutros extremos que, pola súa transcendencia no proceso de xestión, determine o Consello da Xunta, por proposta do conselleiro de Facenda, despois do informe da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

Os interventores delegados poderán formular as observacións complementarias que consideren convenientes, sen que estas teñan, efectos suspensivos na tramitación dos expedientes correspondentes.

3. O disposto no número anterior non será de aplicación respecto das obrigas ou dos gastos de contía indeterminada e daqueles outros que deban ser aprobados polo Consello da Xunta.
4. As obrigas e os gastos sometidos á fiscalización limitada a que se refire o número dous deste artigo serán obxecto doutra plena con posterioridade, exercida sobre unha mostra representativa dos actos, documentos ou expedientes que deron orixe á referida fiscalización, mediante a aplicación de técnicas de mostraxe ou auditoría, co fin de verificar que se axustan ás disposicións aplicables en cada caso

e determinar o grao de cumprimento da legalidade na xestión dos créditos.

Os interventores delegados que realicen as fiscalizacións con posterioridade deberán emitir informe escrito no que fagan constar cantas observacións e conclusións se deduzan delas. Estes informes remitiráselle ao titular da consellaría para que presente, se é o caso, e no prazo de quince días, as alegacións que considere oportunas, e posteriormente enviaranse á Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

A Intervención Xeral da Comunidade Autónoma daralles conta ao Consello da Xunta e aos centros directivos que resulten afectados dos resultados máis importantes da fiscalización realizada con posterioridade, e, se é o caso, propondrá as actuacións que resulten aconsellables para asegurar que a administración dos recursos públicos se axuste ás disposicións aplicables en cada caso.

5. Con independencia do disposto no número anterior, o conselleiro de Economía e Facenda, por proposta do interventor xeral da Comunidade Autónoma, poderá acordar en que casos a función interventora será exercida sobre unha mostra e non sobre o total de actos, documentos ou expedientes sometidos a intervención previa.

A Intervención Xeral determinará nestes casos os procedementos que se deban aplicar para a selección, a identificación e o tratamento da mostra do procedemento”.

Para a aplicación do disposto no artigo 97.2, aprobouse a Orde do 4 de xaneiro de 2010 (DOG do 4 de febreiro de 2010), pola que se dá publicidade ao **Acordo do Consello da Xunta do 30 de decembro de 2009, polo que se aproba o réxime de fiscalización limitada previa para determinados expedientes de gasto.**

Este acordo consta de dez apartados.

O primeiro deles refírese ao ámbito de aplicación do acordo que se estende aos expedientes tramitados pola Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e polos organismos autónomos, centros, dependencias ou entidades nos que estea implantado o réxime de fiscalización previa. Non se aplicará o acordo ás obrigas ou gastos

de contía indeterminada nin aos expedientes que, de acordo coa normativa vixente, deban ser autorizados polo Consello da Xunta; nestes casos, será realizada unha fiscalización previa plena do expediente pola Intervención Xeral da Comunidade Autónoma.

O segundo apartado do acordo regula a fiscalización plena posterior e establece que, de acordo co artigo 97.4 do TRLRFO, as obrigas ou gastos que inicialmente fosen obxecto de fiscalización limitada previa serán obxecto dunha plena posterior exercida sobre unha mostra representativa dos actos, documentos ou expedientes que deron orixe á referida fiscalización co fin de verificar que se axustan ás disposicións aplicables a cada caso e determinar o grao de cumprimento da legalidade, así como a eficacia e a eficiencia na xestión dos créditos.

Para finalizar este segundo apartado, establece que o exercicio do control posterior se rexerá pola súa normativa reguladora.

O apartado terceiro do acordo de fiscalización limitada previa refírese a un tipo especial, que é a fiscalización limitada previa reducida aos requisitos mínimos. Trátase de que naqueles supostos en que exista un elevado volume de expedientes das mesmas características, tramitados por un mesmo departamento e o número de reparos sexa especialmente reducido sempre que dos informes de fiscalización plena posterior se deduza que a súa xestión se axustou razoablemente ás disposicións aplicables, a Intervención Xeral poderá proporlle ao Consello da Xunta que a fiscalización limitada previa se limite aínda máis, quedando reducida á comprobación do establecido no apartado sétimo 1, letras a) a g) deste acordo, e que máis adiante enumeraremos.

O apartado cuarto recolle a posibilidade de incrementar o control dos expedientes que en principio se atopen sometidos a fiscalización limitada previa, cando se detectan incumprimentos xeneralizados da normativa aplicable, pasándoos mediante acordo do Consello da Xunta a fiscalización previa plena. Isto farase por tipos de expediente e departamentos afectados.

O quinto apartado do acordo refírese a todos aqueles expedientes en que, por calquera motivo, non se regulen os extremos adicionais a comprobar recollidos no apartado oitavo deste acordo, establecéndose para eles o réxime de fiscalización previa plena.

No apartado sexto, o acordo recolle a fiscalización por mostraxe, para determinar que a

persoa titular da Consellería de Facenda poderá decidir, por proposta da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, en que casos a función interventora será exercida sobre unha mostra e non sobre o total dos actos, documentos ou expedientes.

Os requisitos mínimos que se comprobarán en todo expediente recóllense no apartado sétimo. Pola súa importancia, inclúese literalmente:

“1. A fiscalización previa das obrigas ou gastos incluídos neste acordo realizarase mediante a comprobación dos seguintes extremos:

- a) A existencia de crédito orzamentario e que o proposto sexa o axeitado á natureza do gasto ou obriga que se propoña contraer. Nos casos en que se trate de contraer compromisos de gasto de carácter plurianual, comprobarase, ademais, se se cumpre o preceptuado no artigo 58 do TRLRFO.
- b) Que as obrigas ou gastos sexan xerados por órgano competente. Comprobarase en todo caso a competencia do órgano de contratación, do concedente da subvención, do que asine o convenio, do que resolva o expediente de responsabilidade patrimonial e, en xeral, do que dite o acto administrativo, aínda que o devandito órgano non teña atribuída a facultade para a aprobación dos gastos de que se trate.
- c) A existencia de autorización do Consello da Xunta, nos supostos que, conforme a normativa aplicable, o requiran.
- d) A existencia no expediente dos informes e ditames preceptivos exixidos pola normativa vixente.
- e) Que os expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados e, se é o caso, fiscalizados favorablemente.
- f) Nos expedientes de recoñecemento de obrigas deberá comprobarse que responden a gastos aprobados e comprometidos e, se é o caso, fiscalizados favorablemente.
- g) Nos expedientes anticipados de gasto deberá comprobarse a existencia da condición suspensiva de crédito axeitado e suficiente no prego de cláusulas administrativas, orde de convocatoria, convenio ou acordo respectivo.

- h) Aqueles extremos adicionais que, atendendo á natureza dos distintos actos, documentos ou expedientes, se conteñen neste acordo (apartado oitavo).
2. Cando dos informes e ditames preceptivos se deduza que se omitiron requisitos ou trámites que sexan esenciais, ou que a continuación da xestión administrativa lle puidese causar quebrantos económicos ao Tesouro Público ou a un terceiro, procederase ao exame exhaustivo do documento ou documentos obxecto do informe e se, a xuízo do interventor, se dan as mencionadas circunstancias, deberá actuar conforme o preceptuado no artigo 99 do TRLRFO”.

No apartado oitavo, enuméranse toda unha serie de tipos de expedientes administrativos nos que se deberá comprobar, ademais dos requisitos mínimos recollidos no apartado sétimo, unha serie de extremos adicionais que se enumeran en cada tipo de expediente.

No apartado noveno derrógase expresamente o anterior Acordo do Consello da Xunta do 18 de marzo de 1999, que regulaba ata ese momento a fiscalización limitada.

Por último, o apartado décimo sinala que a entrada en vigor do acordo se producirá desde o día da súa publicación no *Diario Oficial de Galicia*.

Pasamos, por último, a analizar a documentación necesaria para o exercicio do control a través da función interventora e os prazos en que esta debe ser realizada pola Intervención.

A este respecto, o artigo 98 do TRLRFO dispón:

1. “A Intervención exercerá a función interventora á vista do expediente orixinal completo unha vez reunidos todos os xustificantes e emitidos os informes preceptivos, e que estea, polo tanto, en disposición de que sexa ditado acordo por quen corresponda.
2. O expediente será fiscalizado no prazo de dez días, contados a partir do seguinte á data de recepción, que se reducirá a cinco días computados de igual forma cando se declarase urxente a tramitación do expediente ou se aplicase o réxime especial de fiscalización previsto no número dous do artigo 97.
3. Cando a intervención faga uso da facultade a que se refire o apartado b) do número 2 do artigo 95, suspenderase o prazo mencionado no número 2 anterior,

debendo darlle conta desa circunstancia ao órgano xestor propoñente do gasto”.

A continuación, o artigo 99 do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia ocúpase de regular o tema dos reparos e reclamacións. Así, este artigo establece:

1. “Se a Intervención se manifestase en desacordo co fondo ou coa forma dos actos, expedientes ou documentos examinados, deberá formular os seus reparos por escrito. Estes reparos deberán ser motivados con razoamentos fundados en normas que apoién o criterio sustentado e deberán conter todas as obxeccións realizadas ao expediente.
2. Cando a desconformidade se refira ao recoñecemento ou á liquidación de dereitos a favor da Facenda da Comunidade Autónoma, as observacións formularanse en notas de reparos e, en caso de subsistir a discrepancia, mediante a interposición dos recursos ou das reclamacións que procedan”.

O artigo 100 ocúpase da posibilidade de suspensión do expediente cando o reparo interposto pola Intervención se atope nos supostos recollidos no número 1 deste. Prevese tamén a non suspensión cando o defecto determinado nun reparo sexa un defecto non esencial que permita a continuación do expediente (apartado número 2). Recolle o artigo o seguinte texto:

1. “Se os reparos afectan á autorización e disposición de gastos, ao recoñecemento das obrigas ou ao ordenamento de pagamentos, orixinarase a suspensión da tramitación do expediente ata que aqueles sexan emendados nos seguintes casos:
 - a) Cando se baseen na insuficiencia ou na inadecuación do crédito ao que se propoña imputar o gasto, a obriga ou o pagamento.
 - b) Cando se aprecien graves irregularidades na documentación xustificativa das ordes de pagamento ou non se acredite suficientemente o dereito do perceptor.
 - c) Cando o gasto se propoña a un órgano que careza de competencia para a súa aprobación.
 - d) Cando se omitan no expediente requisitos ou trámites que se consideren

esenciais a xuízo da Intervención ou cando esta estime que a continuación do procedemento lle puidese causar quebradas económicas á Comunidade Autónoma ou a un terceiro.

- e) Cando o reparo sexa consecuencia de comprobacións de materiais de obras, subministracións, adquisicións e servizos.
2. A Intervención poderá fiscalizar favorablemente, a pesar dos defectos que se observen no expediente, sempre que os requisitos ou os trámites incumpridos non sexan esenciais.

Nestes supostos, a eficacia da fiscalización quedará condicionada á reparación daqueles defectos con anterioridade á aprobación do expediente. O órgano xestor remitiralle á Intervención a documentación xustificativa de que se repararon os ditos defectos.

De non reparar o órgano xestor os defectos indicados, para a continuación do expediente considerárase formulado o correspondente reparo.

O previsto neste número non será aplicable naqueles supostos en que a fiscalización previa se realice de forma limitada, de conformidade co disposto no número 2 do artigo 97”.

O artigo 101 do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia está dedicado ás discrepancias, e establece:

- 1. “Cando o órgano ao que se dirixa o reparo o acepte, deberá emendar as deficiencias observadas e remitirle de novo as actuacións á Intervención.
- 2. Cando o órgano xestor non acepte o reparo deducido, formulará discrepancia, que deberá ser motivada con citas dos preceptos legais nos que sustente o seu criterio.

As discrepancias resolveranse do seguinte xeito:

- a) Se o reparo fose formulado por unha intervención delegada, corresponderalle á Intervención Xeral da Comunidade coñecer da discrepancia, e a súa resolución será obrigatoria para aquela.

- b) Se o reparo fose formulado pola Intervención Xeral da Comunidade ou esta confirmase en todo ou en parte o dunha intervención delegada e subsista a discrepancia, corresponderalle á Xunta de Galicia adoptar unha resolución definitiva”.

Por último, do control a través da función interventora ocúpase a normativa vixente das consecuencias da omisión da intervención. O artigo 102 do Texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia prevé:

1. “Nos supostos en que, de acordo co disposto neste capítulo, a fiscalización previa da aprobación do gasto ou do recoñecemento da obriga fosen preceptivas e se omitisen, non se poderá recoñecer a obriga, nin tramitar o pagamento nin intervir favorablemente estas actuacións ata que se coñeza ou resolva a dita omisión nos termos previstos neste artigo.
2. Se o interventor xeral ou os seus delegados, ao coñecer un expediente, observasen algunha das omisións indicadas no número anterior, manifestaranllo á autoridade que iniciase aquel e emitirán, ao mesmo tempo, a súa opinión respecto da proposta, co fin de que, unindo este informe ás actuacións, o titular da consellaría de que aquela proceda poida someter o actuado á decisión da Xunta de Galicia para que adopte a resolución que procedese.

Este informe, que non terá natureza de fiscalización, porá de manifesto, como mínimo, os seguintes extremos:

- As infraccións do ordenamento xurídico que, a xuízo do interventor, se producen no momento en que se adoptou o acto de aprobación do gasto sen fiscalización ou intervención previa.
- As prestacións que se realizan como consecuencia dese acto.
- A posibilidade e conveniencia de revisión dos actos ditados con infracción do ordenamento.

Os interventores delegados darán conta do seu informe á Intervención Xeral da Comunidade Autónoma no momento da súa emisión.

3. Se o titular da consellaría acordase someter o expediente á decisión da Xunta de



Galicia, comunicarllo ao conselleiro de Economía e Facenda, por conduto da Intervención Xeral da Comunidade Autónoma, con dez días de antelación á reunión do consello no que se coñeza do asunto.

Ao expediente unirase unha memoria que inclúa unha explicación da omisión da preceptiva fiscalización ou intervención previa e, se é o caso, as observacións que considere convenientes respecto do informe da Intervención.

A Secretaría do Consello da Xunta comunicarlles á consellaría correspondente, á de Economía e Facenda e á Intervención Xeral o acordo adoptado sobre o expediente para a súa toma de razón e cumprimento nos seus propios termos.

MARÍA DEL SOCORRO MARTÍN HIERRO

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

TEMA 7

O FINANCIAMENTO DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. OS RECURSOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. TRIBUTOS PROPIOS E CEDIDOS. OS FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL. O EXERCICIO DAS COMPETENCIAS FINANCEIRAS POLAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

TEMA 7. O FINANCIAMENTO DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. OS RECURSOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. TRIBUTOS PROPIOS E CEDIDOS. OS FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL. O EXERCICIO DAS COMPETENCIAS FINANCEIRAS POLAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1. O FINANCIAMENTO DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1.1.- Introducción

O deseño do denominado Estado das autonomías, tal e como se configura na Constitución española, orixinou unha gran diversidade de situacións, o que explica, en parte, a complexidade do sistema de financiamento. Poden indicarse os seguintes elementos diferenciais: 1) A existencia de dous procedementos distintos para acceder á autonomía, o establecido no artigo 143, en relación coa disposición transitoria primeira, que se deu en chamar "vía lenta", e o regulado no artigo 151, que debe interpretarse en relación co disposto na disposición transitoria segunda, que daría lugar ás autonomías de "vía rápida". Esta diferenza ten importancia, en canto á asunción de competencias, porque o artigo 148.2 da Constitución exige un prazo de 5 anos para ampliar as funcións desenvolvidas pola Comunidade Autónoma, no caso das de "vía lenta", mentres que ese prazo non é exixible para as procedentes do artigo 151.

A configuración do Estado das autonomías tamén deu lugar á aparición de comunidades autónomas uniprovinciais, que non só reciben competencias por transferencia desde o Goberno central senón que ademais asumen as que realizaban as deputacións provinciais que, ao crearse a comunidade autónoma, desaparecen, para evitar duplicacións innecesarias. Ese traspaso de competencias non se produce nas comunidades autónomas pluriprovinciais, e iso con independencia do procedemento de acceso á autonomía.

Un terceiro factor de diferenciación responde ao respecto aos dereitos forais de Euskadi e da Comunidade Foral de Navarra, cuxas orixes máis directas, polo menos en canto ao problema que nos ocupa, se remontan a 1876 no primeiro caso e a

1841 no segundo. A disposición adicional primeira da Constitución obrigaba a actualizar o réxime foral dentro do marco da propia Constitución e do estatuto de autonomía.

Deste xeito, entre as comunidades autónomas de máximo nivel de competencias existen dous sistemas de financiamento distintos, o común e o foral, e ademais o réxime común aplícase tanto ás comunidades de vía lenta como ás de vía rápida.

A Comunidade Autónoma de Canarias ten un réxime fiscal propio procedente da súa caracterización como "porto franco". Tal réxime debe respectarse a teor da disposición adicional terceira da Constitución, o que de novo significa unha fonte de diversidade en canto ao financiamento común.

O autogoberno das comunidades autónomas carecería de virtualidade de desenvolvemento e de potencialidade operativa se estas non contasen cuns recursos financeiros adecuados. En efecto, para que as comunidades autónomas poidan desenvolver as competencias e funcións que teñen atribuídas, deben contar necesariamente con recursos económicos propios, o que introduce o tema da autonomía financeira e da suficiencia de recursos daquelas.

1.2.- A Lei orgánica de financiamento das comunidades autónomas

O artigo 156 da CE manifesta o seguinte:

"1. As comunidades autónomas gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias, de acordo cos principios de coordinación coa Facenda estatal e solidariedade entre todos os españois.

2. As comunidades autónomas poderán actuar como delegados ou colaboradores do Estado para a recadación, a xestión e a liquidación dos recursos tributarios daquel, de acordo coas leis e os estatutos."

A normativa estatal básica en materia de financiamento das comunidades autónomas contense na Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, que se divide en catro capítulos:

- 1.- Principios xerais.

- 2.- Recursos das comunidades autónomas.
- 3.- Competencias.
- 4.- Resolución de conflitos

A LOFCA ten ademais 8 disposicións adicionais, 3 transitorias e 1 derradeira. Referímonos a continuación aos principios xerais:

A) PRINCIPIO DE AUTONOMÍA FINANCEIRA.

O artigo 1º da LOFCA propugna que as comunidades autónomas gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das competencias que, de acordo coa CE, lles atribúan as leis e os seus respectivos estatutos.

B) PRINCIPIO DE COORDINACIÓN.

O dito principio, ademais do xa comentado respecto do artigo 156 da CE, recóllese no artigo 2.º1 da LOFCA, o cal volve indicar que a actividade financeira das comunidades autónomas se exercerá en coordinación coa Facenda do Estado.

Para lograr a dita coordinación, a CE preveu no seu artigo 150.3 a posibilidade de que o Estado poida ditar leis que establezan os principios necesarios para harmonizar as disposicións normativas das comunidades autónomas, aínda no caso de materias atribuídas ás competencias destas, cando así o exixa o interese xeral.

C) PRINCIPIO DE SOLIDARIEDADE.

O artigo 2º da CE fundamenta o Estado das autonomías como forma de organización territorial do poder público en España e garante o principio de solidariedade como un dos eixes do sistema, ao establecer que o dito texto constitucional reconece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións que integran a Nación española, e a solidariedade entre todas elas.

A dita obriga corrobórase no artigo 138 C): «O Estado garante a realización efectiva do principio de solidariedade consagrado no artigo 2º da CE, velando polo establecemento dun equilibrio económico, adecuado e xusto entre as diversas partes do territorio español, e atendendo en particular ás circunstancias do feito insular».

De igual maneira, a solidariedade entre as diversas nacionalidades e rexións recóllese no artigo 2º da LOFCA como principio xeral do sistema de financiamento autonómico, pero engadindo a imposición da obrigaón a cada comunidade autónoma de velar pola realización interna do dito principio de solidariedade nos seus respectivos territorios.

Para facer efectivo o dito principio, o artigo 16 da LOFCA establece:

"1. De conformidade co principio de solidariedade interterritorial a que se refire o apartado 2 do artigo 158 da CE, nos orzamentos xerais do Estado dotarase anualmente un Fondo de Compensación, cuxos recursos teñen o carácter de carga xeral do Estado, tal e como se determina no artigo 4.2.b) desta lei.

O Fondo de Compensación distribuirano as Cortes Xerais, de conformidade co establecido no artigo 74.2 da CE, entre comunidades autónomas e cidades con estatuto de autonomía.

2. Con independencia do Fondo de Compensación establecido no punto 1 anterior, nos orzamentos xerais do Estado tamén se dotará anualmente un fondo complementario do anterior, cuxos recursos terán, así mesmo, o carácter de carga xeral do Estado."

D) PRINCIPIO DE SUFICIENCIA FINANCEIRA.

O dito principio, non recollido na nosa CE, establécese no artigo 2º1.f) da LOFCA, que o concibe como suficiencia de recursos para o exercicio das competencias propias das comunidades autónomas. Debe interpretarse, por tanto, como un intento de garantirlles ás comunidades autónomas os recursos suficientes para facer fronte ás obrigaóns derivadas das competencias que teñan atribuídas segundo os seus respectivos estatutos de autonomía.

E) PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDADE FISCAL

O dito principio establécese no artigo 2º1.d) da LOFCA, establecendo *a corresponsabilidade das comunidades autónomas e o Estado en consonancia coas súas competencias en materia de ingresos e gastos públicos.*

F) PRINCIPIO DE GARANTÍA DO EQUILIBRIO ECONÓMICO.

O artigo 2º1.b) da LOFCA establece como un dos principios básicos do sistema de financiamento autonómico: *A garantía do equilibrio económico, a través da política económica xeral, de acordo co establecido nos artigos 40.1, 131 e 138 da CE, correspóndelle ao Estado, que é o encargado de adoptar as medidas oportunas tendentes a conseguir a estabilidade económica interna e externa, a estabilidade orzamentaria e a sustentabilidade financeira, así como o desenvolvemento harmónico entre as diversas partes do territorio español. Para estes efectos, aplicaranse os principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira definidos na Lei orgánica 2/2012, do 27 de abril, de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira.*

G) PRINCIPIO DE LEALDADE INSTITUCIONAL.

O dito principio recóllese no artigo 2.1.g) da LOFCA. Segundo o dito precepto *a lealdade institucional, que determinará o impacto, positivo ou negativo, que poidan supor as actuacións lexislativas do Estado e das comunidades autónomas en materia tributaria ou a adopción de medidas que eventualmente poidan facer recaer sobre as comunidades autónomas ou sobre o Estado as obrigacións de gasto non previstas na data de aprobación do sistema de financiamento vixente, e que deberán ser obxecto de valoración quinquenal en canto ao seu impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por parte do Consello de Política Fiscal e Financeira das comunidades autónomas e, de ser o caso, compensación, mediante modificación do sistema de financiamento para o seguinte quinquenio.*

2. OS RECURSOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

As liñas xerais do sistema de recursos das comunidades autónomas recóllense no artigo 157 da CE, en cuxo apartado primeiro se dispón que:

Os recursos das comunidades autónomas estarán constituídos por:

a) Impostos cedidos total ou parcialmente polo Estado, recargas sobre impostos estatais e outras participacións nos ingresos do Estado.

b) Os seus propios impostos, taxas e contribucións especiais.

c) Transferencias dun fondo de compensación interterritorial e outras asignacións con cargo aos orzamentos xerais do Estado.

d) Rendementos procedentes do seu patrimonio e ingresos de dereito privado.

e) O produto das operacións de crédito.

En desenvolvemento do artigo 157.1 da CE, a LOFCA recolle no seu artigo 4 o sistema de recursos das comunidades autónomas:

"Un. De conformidade co apartado 1 do artigo 157 da CE, e sen prexuízo do establecido no resto do articulado, os recursos das comunidades autónomas estarán constituídos:

a) Polos ingresos procedentes do seu patrimonio e demais de dereito privado.

b) Polos seus propios impostos, taxas e contribucións especiais.

c) Polos tributos cedidos, total ou parcialmente, polo Estado.

d) Pola participación no Fondo de Garantía de Servizos Públicos Fundamentais.

e) Polas recargas que puidesen establecerse sobre os tributos do Estado.

f) Polas participacións nos ingresos do Estado a través dos fondos e mecanismos que establezan as leis.

g) Polo produto das operacións de crédito.

h) Polo produto das multas e sancións no ámbito da súa competencia.

i) Polos seus propios prezos públicos.

Dous. De ser o caso, as comunidades autónomas poderán obter igualmente ingresos procedentes:

a) Das asignacións que se establezan nos orzamentos xerais do Estado, de acordo co disposto na presente lei.

b) Das transferencias dos fondos de compensación interterritorial, cuxos recursos teñen o carácter de carga xeral do Estado para os efectos previstos nos artigos 2, 138 e 158 da CE."

3. TRIBUTOS PROPIOS E CEDIDOS

3.1 Tributos propios

Toda referencia aos tributos no ordenamento xurídico español parte do modelo de **organización territorial consagrado no artigo 137 da CE**, segundo o cal: *“O Estado organízase territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses”*.

Así, a CE distribúe o poder político, e con el o poder administrativo e o financeiro, en tres niveis de goberno: o Estado, as comunidades autónomas (CC.AA.) e as corporacións locais (CC.LL.).

As CC.AA. constituíronse nuns entes territoriais cun crecente protagonismo no sector público, e que gozan de autonomía financeira, consubstancial á autonomía política, en virtude do artigo 156.1 da CE, que establece que: *“As CC.AA. gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias conforme os principios de coordinación coa Facenda estatal e de solidariedade entre todos os españois”*.

Este principio de autonomía financeira é enunciado, pola súa vez, no artigo primeiro da LOFCA que, de acordo co previsto no artigo 157.3 da CE, establece o réxime xurídico xeneral do sistema de financiamento das CC.AA., con excepción do País Vasco e Navarra, que contan cos réximes forais de concerto e convenio económico, respectivamente.

Trazo distintivo da autonomía financeira das CC.AA. de réxime común é o recoñecemento, nos artigos 133.2 da CE e 6 da LOFCA, dun poder tributario propio, como poder lexislativo de creación de tributos.

Agora ben, o poder tributario das CC.AA. é un poder limitado. Os seus límites están particularmente na CE, nos tratados internacionais e nas demais normas integrantes do chamado bloque de constitucionalidade, en especial pola LOFCA e polas leis de cesión de tributos do Estado ás CC.AA. (na actualidade, a Lei 22/2009, do 18 de decembro, pola que se regula o sistema de financiamento das CC.AA. de réxime común e cidades con estatuto de autonomía).

Este marco xurídico permite distinguir dous ámbitos de exercicio do poder tributario das CC.AA.: por unha banda, as competencias normativas delegadas polo Estado en relación cos **tributos estatais cedidos** ás CC.AA. nos termos previstos nas leis de cesión (no caso de Galicia, a Lei 17/2010, do 16 de xullo, do réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia, nos casos e condicións previstos na Lei 22/2009) e, por outra, a potestade de crear **tributos propios**, isto é, os seus propios impostos, taxas e contribucións especiais, como recursos con que contarán as CC.AA. para dar cumprida aplicación ao principio de autonomía financeira, segundo sinala o artigo 157.1 da CE.

Ademais do artigo 157.1 da CE, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, tanto o Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, como o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia (TRLRFOG), aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, recoñecen dentro dos dereitos económicos da Facenda pública galega os rendementos dos impostos, das taxas e das contribucións especiais que estableza a Comunidade Autónoma.

Como se dixo, esta potestade tributaria recoñecida ás CC.AA. está limitada, xa que non só se deben respectar as previsións do artigo 31 da CE, exixibles a todo sistema tributario, xa sexa estatal, autonómico ou local, senón que ademais debe cumprirse o disposto nos artigos 157.2 da CE e 6 e 9 da LOFCA. Estes límites poden resumirse do seguinte modo:

A.- A reserva de lei establecida no artigo 31.3 da CE, segundo o cal *“só poderán establecerse prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público conforme a lei”*.

B.- Os principios constitucionais de xustiza tributaria recollidos no artigo 31.1 da CE. Deste xeito deben respectase os principios de xeneralidade, de igualdade, de capacidade económica, de progresividade, de non confiscatoriedade, de seguridade xurídica (a certeza xurídica, a estabilidade normativa, a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos).

C.- Límites derivados da natureza de ente territorial das CC.AA.:

C.1.- A ausencia de carga fiscal extraxurisdicional (artigo 157.2 da CE e 9 da LOFCA).

C.2.- A non obstaculización da libre circulación e establecemento de persoas, bens e servizos (artigo 139.2 e 157.2 da CE e 9 da LOFCA).

C.3.- A ausencia de privilexios económicos ou sociais (artigo 138.2 da CE).

C.4.- O respecto aos principios da harmonización fiscal comunitaria.

C.5.- A coordinación das facendas comunitaria, estatal, autonómica e local (artigo 156.1 e 157.3 da CE, e 2 da LOFCA). Nesta materia, cabe destacar o carácter básico das disposicións contidas na LXT, como ben sinala o seu artigo 1: *"Esta lei establece os principios e as normas xurídicas xerais do sistema tributario español e será de aplicación a todas as administracións tributarias en virtude e co alcance que deriva do artigo 149.1.1ª, 8ª, 14ª e 18ª da CE"*, e reitera a Lei 22/2009 de cesión de tributos: *"A terminoloxía e conceptos das normas que diten as CC.AA. adecuaranse á Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria"* (artigo 27).

C.6.- A solidariedade das facendas autonómicas entre si e coas facendas comunitaria, estatal e locais (artigos 2 e 138 da CE).

D.- Límites derivados dos principios constitucionais de distribución de competencias:

D.1.- A prohibición de identidade esencial entre tributo estatal e imposto autonómico (artigo 6.2 da LOFCA).

D.2.- A prohibición de identidade esencial entre tributo local e imposto autonómico (artigo 6.3 da LOFCA).

Para CALVO ORTEGA, os tributos propios das CC.AA. de réxime común, ademais dos límites establecidos no artigo 31.3 da CE, deben cumprir con tres principios: territorialidade, non interferencia e separación.

O **principio de separación** fai referencia aos apartados 2 e 3 do artigo 6 da LOFCA, ao establecer que *"Os tributos que establezan as CC.AA. non poderán recaer sobre feitos impoñibles gravados polo Estado"* e que *"Os tributos que establezan as CC.AA. non poderán recaer sobre feitos impoñibles gravados polos tributos locais"*. Este principio responde á prohibición de dobre imposición en materia tributaria, entendido como concorrencia de diversas figuras tributarias sobre unha mesma riqueza gravable e cuxa titularidade poida corresponder a distintos entes públicos, o cal só é predicable respecto de impostos de carácter fiscal, pero non cando concorre sobre unha mesma riqueza gravada ou materia impoñible un imposto con pretensión recadatoria (fiscal) e outro lexitimado exclusivamente por razóns extrafiscais ou de ordenación (por exemplo, os

ambientais).

Agora ben, para que resulte aceptable a concorrencia de dúas figuras impositivas, debe quedar claro que se trata dun verdadeiro imposto extrafiscal e non dun imposto con finalidade recadatoria camuflado de tributo de ordenación, xa que nos impostos extrafiscais *"a intentio legis do tributo non é crear unha nova fonte de ingresos públicos con fins estritamente fiscais ou redistributivos"* (STC 37/1987).

Ao **principio de territorialidade** refírese o artigo 9.a) da LOFCA, ao sinalar que *"Non poderán suxeitarse elementos patrimoniais situados, rendementos orixinados nin gastos realizados fóra do territorio da respectiva comunidade autónoma"*.

A isto habería que engadir o apartado b) do mesmo artigo, onde se prohibe que se graven, como tales, *"negocios, actos ou feitos celebrados ou realizados fóra do territorio da comunidade impositora, nin a transmisión ou exercicio de bens, dereitos e obrigacións que non nacesen nin debesen cumprirse no dito territorio ou cuxo adquirente non resida nel"*.

Por último, o **principio de non interferencia económica** está recollido no artigo 9.c) da LOFCA, segundo o cal os impostos creados polas CC.AA. *"non poderán supor obstáculo para a libre circulación de persoas, mercadorías e servizos capitais nin afectar de maneira efectiva a fixación de residencia das persoas ou a localización de empresas e capitais dentro do territorio español, nin comportar cargas trasladables a outras comunidades"*.

Unha vez vistas as limitacións anteriores e considerando especialmente a extensión dos impostos estatais sobre a renda, o patrimonio e o consumo, parece difícil a determinación de feitos impoñibles novos por parte das CC.AA., é dicir, distintos dos establecidos polas leis do Estado.

A conclusión a que se pode chegar é que o exercicio da potestade para crear tributos das CC.AA. non pode dar lugar á creación dun "sistema" tributario autonómico, senón máis ben a un conxunto de figuras inconexas e da máis diversa natureza.

Sobre esta premisa, queda claro que a garantía da xustiza tributaria e do logro da progresividade, xunto coas exixencias de redistribución, corresponde desenvolverlas ao sistema tributario estatal, sen que iso signifique que os tributos propios das CC.AA. poidan

vulnerar as exixencias da capacidade económica.

A Comunidade Autónoma de Galicia creou como **impostos propios**, aplicables ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma, os seguintes:

- O **imposto sobre o xogo do bingo**, creado pola Lei 7/1991, do 19 de xuño, de tributación sobre o xogo. Este tributo foi derogado pola Lei 11/2013, de orzamentos de Galicia de 2014, con entrada en vigor da derogación o 1 de xaneiro de 2014.

-O **imposto sobre a contaminación atmosférica (ICA)** foi establecido pola Lei 12/1995, do 29 de decembro, e o seu regulamento foi aprobado polo Decreto 29/2000, do 20 de xaneiro. Co obxecto de contribuír a regular a utilización dos recursos naturais de Galicia, e de forma específica a emisión de substancias contaminantes, este imposto recae sobre as emisións de determinadas substancias contaminantes á atmosfera cuxos focos estean situados dentro do ámbito territorial da Comunidade Autónoma. En concreto, grava a emisión de dióxido de xofre ou calquera outro composto oxixenado do xofre e dióxido de nitróxeno ou calquera outro composto oxixenado do nitróxeno.

-O **imposto sobre o dano ambiental causado por determinados usos e aproveitamentos da auga encorada (IDMAE)** foi establecido pola Lei 15/2008, do 19 de decembro, coa finalidade de, por unha banda, compensar os efectos negativos a que esta sometida a contorna natural de Galicia pola realización de actividades que afectan o seu patrimonio fluvial natural e, por outra, reparar o dano ambiental causado polas ditas actividades.

Como consecuencia diso, a recadación deste tributo, deducidos os custos de xestión, destinarase a financiar as actuacións e medidas encamiñadas á prevención e protección dos recursos naturais, así como á conservación, reparación e restauración do ambiente e, en especial, á conservación do patrimonio natural fluvial galego directa ou indirectamente afectado polos danos ambientais gravados.

Este imposto, de natureza real e finalidade extrafiscal, grava o dano ambiental provocado pola realización de actividades industriais mediante o uso ou aproveitamento da auga encorada, cando este altere ou modifique substancialmente os valores naturais dos ríos e, en especial, o caudal e a velocidade da auga na súa canle natural.

-O **canon eólico** foi creado pola Lei 8/2009, do 22 de decembro, pola que se regula o aproveitamento eólico en Galicia e se crean o canon eólico e o Fondo de Compensación Ambiental, a través do cal se xestionan os ingresos obtidos polo canon. A pesar da súa denominación e sen que poida apreciarse incorrección na súa norma de creación ao atribuírlle o carácter de ingreso compensatorio e prestación patrimonial de dereito público de natureza extrafiscal e real, o certo é que o canon eólico responde á natureza dos impostos de carácter indirecto. Constitúe o seu feito imponible a xeración de afeccións e impactos visuais e ambientais adversos sobre o medio natural e sobre o territorio, como consecuencia da instalación en parques eólicos de aeroxeradores afectos á produción de enerxía eléctrica e situados no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia.

Os ingresos derivados do canon, deducidos os custos de xestión, destinaranse á conservación, reposición e restauración do ambiente, así como a actuacións de compensación e reequilibrio ambiental e territorial das que serán principais beneficiarios os municipios afectados pola implantación de parques eólicos e polas instalacións de evacuación destes.

- O **canon de saneamento**, creado pola Lei 8/1993, do 23 de xuño, de Administración hidráulica de Galicia, con carácter de ingreso de dereito público, aplicable no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxo rendemento se debe destinar integramente ao financiamento de gastos de investimento e de explotación de infraestruturas de evacuación “en alta” e de tratamento de augas residuais.

O órgano encargado da súa xestión e aplicación foi o organismo autónomo Augas de Galicia.

O canon de saneamento réxese pola citada Lei 8/1993 e polo Regulamento de desenvolvemento lexislativo do capítulo IV da Lei 8/1993, aprobado polo Decreto 8/1999, do 21 de xaneiro.

Na actualidade, a Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia, crea o **canon da auga**, e derroga a Lei 8/1993; a súa DT 2ª declara a súa continuidade mentres non se diten as normas de desenvolvemento do citado canon da auga. Estas normas de desenvolvemento foron aprobadas e publicadas no DOG. En concreto, o Decreto 136/2012, do 31 de maio, polo que se aproba o Regulamento do canon da auga e do

coeficiente de vertedura a sistemas públicos de depuración de augas residuais, que entrou en vigor o 1 de xullo de 2012, co que se fixo efectiva desde esa data a derogación do canon de saneamento.

O canon da auga é un tributo propio da Comunidade Autónoma de Galicia con natureza de imposto de carácter real e indirecto e de finalidade extrafiscal que grava o uso e consumo da auga no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia, por mor da afección ao ambiente que a súa utilización puidese producir.

Ademais de impostos, as CC.AA. poden establecer as súas propias taxas e contribucións especiais.

De acordo coa LXT (artigo 2.2), as **contribucións especiais** “*son os tributos cuxo feito imponible consiste na obtención polo obrigado tributario dun beneficio ou dun aumento de valor dos seus bens como consecuencia da realización de obras públicas ou do establecemento ou ampliación de servizos públicos*”.

Aínda que en principio as contribucións especiais poden formar parte dos tributos estatais ou autonómicos (o artigo 8 da LOFCA admite a posibilidade do seu establecemento polas CC.AA. en supostos iguais aos formulados pola LXT), de feito no noso actual sistema só teñen unha aplicación efectiva significativa na esfera das facendas locais.

No ámbito autonómico, previron contribucións especiais para custear a construción ou melloras das estradas que discorran no territorio algunhas CC.AA. como Canarias, Cataluña, Extremadura ou Galicia.

De acordo co artigo 32 da Lei 8/2013, do 28 de xuño, de estradas de Galicia, *poderán imporse contribucións especiais cando da execución das obras que se realicen para a construción de estradas, vías de servizo ou accesos resulte a obtención por persoas físicas e xurídicas dun beneficio especial, aínda que este non poida fixarse nunha cantidade concreta. O aumento do valor de determinados predios por mor da execución das obras terá para estes efectos a consideración de beneficio especial.*

Serán suxeitos pasivos destas contribucións especiais aqueles que se benefician de modo directo coas estradas ou accesos que se executen e, especialmente, as persoas titulares dos predios e establecementos contiguos e as das urbanizacións que resulten melloradas

na súa comunicación.

As contribucións especiais devindicaranse no momento da recepción das obras ou, na súa falta, no da súa posta en servizo.

3.2 Tributos cedidos

A CE refírese aos tributos cedidos como un recurso das CC.AA., pero non establece o concepto xurídico da cesión, que en consecuencia debe ser recollido pola LOFCA.

Tanto o concepto da cesión de tributos como os principios xerais de atribución do seu rendemento regúlanse no artigo 10 (números 1, 3 e 4) da LOFCA:

"1. Son tributos cedidos os establecidos e regulados polo Estado, cuxo produto corresponde á comunidade autónoma.

3. A cesión de tributos polo Estado a que se refire o apartado anterior poderá facerse total ou parcialmente. A cesión será total se se cedeu a recadación correspondente á totalidade dos feitos impoñibles establecidos no tributo de que se trate. A cesión será parcial se se cedeu a dalgún ou algúns dos mencionados feitos impoñibles, ou parte da recadación correspondente a un tributo. En ambos os casos, a cesión poderá comprender competencias normativas nos termos que determine a lei que regule a cesión de tributos.

4. Sen prexuízo dos requisitos específicos que estableza a lei de cesión:

a) Cando os tributos cedidos sexan de natureza persoal, a súa atribución a unha comunidade autónoma realizarase en función do domicilio fiscal dos suxeitos pasivos, salvo no gravame de adquisicións por causa de morte, no cal se atenderá ao do causante.

b) Cando os tributos cedidos graven o consumo, a súa atribución ás CC.AA. levarase a cabo ben en función do lugar de consumo, ben en función do lugar no que o vendedor realice a operación a través de establecementos, locais ou axencias, ben en función dos consumos calculados sobre unha base estatística (esta última posibilidade establécese debido á cesión parcial do IVE).

c) Cando os tributos cedidos graven operacións inmobiliarias, a súa atribución

ás CC.AA. realizárase en función do lugar onde radique o inmovible.”

Con esta definición queda clarexado que o que se cede é o rendemento recadatorio do tributo, ben que se permite ceder incluso parte das competencias normativas, ben que o tributo segue sendo estatal e a potestade normativa segue manténdose en maior ou menor medida, aínda que sexa a título de norma supletoria aplicable unicamente en ausencia de normativa autonómica.

De conformidade co artigo 11 da LOFCA, só poden ser cedidos ás CC.AA.:

"a) Imposto sobre a renda das persoas físicas, con carácter parcial co límite máximo do 50 por cento.

b) Imposto sobre o patrimonio.

c) Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados.

d) Imposto sobre sucesións e doazóns.

e) Imposto sobre o valor engadido, con carácter parcial co límite máximo do 50 por cento.

f) Os impostos especiais de fabricación, con carácter parcial co límite máximo do 58 por cento de cada un deles, excepto o imposto sobre a electricidade e o imposto sobre hidrocarburos.

g) O imposto sobre a electricidade.

h) O imposto especial sobre determinados medios de transporte.

i) Os tributos sobre o xogo.

j) O imposto sobre hidrocarburos, con carácter parcial co límite máximo do 58 por cento para o tipo estatal xeral e na súa totalidade para o tipo estatal especial e para o tipo autonómico.”

A eventual supresión ou modificación polo Estado dalgún dos tributos cedidos implicará a extinción ou modificación da cesión.

A terminoloxía e conceptos das normas que diten as CC.AA. adecuaranse á LXT.

No ámbito da nosa Comunidade Autónoma é fundamental ter en conta a Lei

17/2010, do 16 de xullo, que regula o réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia e de fixación do alcance e condicións da dita cesión.

O artigo 1 establece que *se modifica o apartado un da disposición adicional primeira da Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, de Estatuto de autonomía para Galicia, que queda redactado co seguinte teor:*

«Un. Cédeselle á Comunidade Autónoma de Galicia o rendemento dos seguintes tributos:

a) Imposto sobre a renda das persoas físicas, con carácter parcial, na porcentaxe do 50 por 100.

b) Imposto sobre o patrimonio.

c) Imposto sobre sucesións e doazóns.

d) Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados.

e) Os tributos sobre o xogo.

f) O imposto sobre o valor engadido, con carácter parcial, na porcentaxe do 50 por 100.

g) O imposto especial sobre a cervexa, con carácter parcial, na porcentaxe do 58 por 100.

h) O imposto especial sobre o viño e bebidas fermentadas, con carácter parcial, na porcentaxe do 58 por 100.

i) O imposto especial sobre produtos intermedios, con carácter parcial, na porcentaxe do 58 por 100.

j) O imposto especial sobre o alcol e bebidas derivadas, con carácter parcial, na porcentaxe do 58 por 100.

k) O imposto especial sobre hidrocarburos, con carácter parcial, na porcentaxe do 58 por 100.

l) O imposto especial sobre os elaborados do tabaco, con carácter parcial, na

porcentaxe do 58 por 100.

m) O imposto especial sobre a electricidade.

n) O imposto especial sobre determinados medios de transporte.

ñ) O imposto sobre as vendas retalistas de determinados hidrocarburos.

A eventual supresión ou modificación polo Estado dalgún dos tributos antes sinalados implicará a extinción ou modificación da cesión».

4. OS FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL

A CE garante o principio de solidariedade como un dos eixes en que se sostén o Estado das autonomías, e o artigo 138.1 C) obriga o Estado a garantir a realización efectiva do principio de solidariedade, para o cal debe velar polo establecemento dun equilibrio económico adecuado e xusto entre as diversas partes do territorio español. Para dar cumprimento ao mandato anterior, o artigo 158.2 da CE dispón que, co fin de corrixir desequilibrios económicos interterritoriais e facer efectivo o principio de solidariedade, constituirase un fondo de compensación con destino a gastos de investimento cuxos recursos serán distribuídos polas Cortes Xerais.

En consecuencia, a LOFCA recolleu no seu artigo 16 os principios xerais e as regras básicas que rexen o dito fondo. Este sistema cambiou a partir de 1 de xaneiro de 2002 tras a promulgación da Lei 22/2001, do 27 de decembro, reguladora dos fondos de compensación interterritorial, en concordancia coa nova redacción que a Lei orgánica 7/2001, desa mesma data, deu ao artigo 16 da LOFCA. Entre os aspectos máis relevantes do novo réxime establecido destacan:

- Separouse o antigo Fondo de Compensación Interterritorial en dous fondos distintos: o Fondo de Compensación e o Fondo Complementario.
- Introdúcese a novidade de que con cargo a un deses fondos (o complementario) se financien gastos de funcionamento asociados aos investimentos.
- Dáse entrada nos fondos ás cidades autónomas (Ceuta e Melilla), que estaban excluídas no réxime anterior, o cal non minguou os recursos dos fondos con

destino ás CC.AA., dado que os fondos se incrementaron na contía que corresponde a tales cidades.

Cada territorio deberá dar conta anualmente ás Cortes Xerais do destino dos recursos recibidos con cargo ao Fondo de Compensación, así como o estado de realización dos proxectos que con cargo a este se estean executando.

4.1. O Fondo de Compensación.

O dito fondo dotarase anualmente da seguinte forma:

a) Cunha cantidade que non poderá ser inferior ao 22,5 por 100 da base de cálculo do investimento público que fose aprobado nos orzamentos xerais do Estado do exercicio.

b) Adicionalmente co 1,5 por 100 da cantidade determinada na letra anterior e o importe que se asigne legalmente en función da variable «Cidade con estatuto de autonomía».

c) Adicionalmente co 4,02 por 100 da cantidade determinada na letra a), e o importe que se asigne legalmente pola variable de «rexión ultraperiférica».

4.2 O Fondo Complementario.

O dito fondo dotarase anualmente para cada comunidade autónoma e cidade con estatuto de autonomía co 33,33 por 100 do seu respectivo fondo de compensación.

A dita contía destinarase a gastos de investimento que promovan directa ou indirectamente a creación de renda e riqueza no territorio beneficiario. Porén, por solicitude dos territorios beneficiarios deste, poderá destinarse a financiar gastos necesarios para pór en marcha ou en funcionamento os investimentos financiados con cargo ao Fondo de Compensación ou a este fondo, durante un período máximo de dous anos. A este respecto, o cómputo dos anos iniciarase no momento en que conclúise a execución do proxecto.

5. O EXERCICIO DAS COMPETENCIAS FINANCEIRAS POLAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

O artigo 156 da CE manifesta:

"1. As CC.AA. gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias de acordo cos principios de coordinación coa Facenda estatal e solidariedade entre todos os españois.

2. As CC.AA. poderán actuar como delegados ou colaboradores do Estado para a recadación, a xestión e a liquidación dos recursos tributarios daquel, de acordo coas leis e os estatutos."

Deste precepto constitucional deriva que:

a) A autonomía financeira das CC.AA. permítelles dispor dun propio sistema de ingresos e gastos para o desenvolvemento e execución das súas competencias, aínda que conforme os principios de coordinación coa Facenda estatal e de solidariedade interrexional (artigo 156.1, en relación co 2 e o 138 da CE).

b) As CC.AA. dispoñen dunha potestade tributaria derivada dado que a potestade orixinaria para establecer os tributos corresponde exclusivamente ao Estado mediante lei: artigo 133.1 da CE, que as habilita para establecer e exixir tributos, de acordo coa CE e as leis (artigo 133.2 da CE).

Esta potestade tributaria das CC.AA. está, porén, limitada pola prohibición de non poder en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bens situados fóra do seu territorio ou que supoñan obstáculo á libre circulación de mercadorías ou servizos (artigo 157.2 da CE e artigo 9 da LOFCA).

Téñase en conta, ademais, que a potestade de establecemento, modificación ou supresión pola comunidade autónoma dos seus propios tributos, así como de recargas sobre os impostos do Estado (tamén recursos propios), constitúe unha materia de reserva de lei autonómica (artigo 5.b e c do TRLRFOG).

c) As CC.AA. dispoñen tamén de potestade de xestión tributaria, que pode cualificarse como potestade subordinada, no sentido de que poderán actuar como delegados ou colaboradores do Estado respecto das funcións de xestión, liquidación e recadación dos tributos estatais (artigo 156.2 da CE), pero con potestade autónoma para o desenvolvemento desas mesmas funcións respecto dos propios impostos, taxas e contribucións especiais, é dicir, sempre que tales funcións se

produzan dentro do seu ámbito competencial tributario.

NATALIA SOLAR JIMENO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 11

O SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL. O IMPOSTO. CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS E EFECTOS. OS IMPOSTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES. IMPOSTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.

TEMA 11. O SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL. O IMPOSTO. CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS E EFECTOS. OS IMPOSTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES. IMPOSTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.

1. O SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL

A correcta realización de funcións por parte do sector público na resolución dos problemas económicos que lle suscita a sociedade require un gasto continuo e cuantioso, polo que precisa obter recursos suficientes para financiarlo. Así, enténdese por **ingreso público** toda cantidade de diñeiro percibida polo Estado e polos demais entes públicos, cuxo obxecto esencial é financiar os gastos públicos.

Todo ente público dispón de catro **grandes grupos de ingresos públicos**. En primeiro lugar, están os **ingresos patrimoniais**, que son aqueles que derivan do seu patrimonio; polo tanto, ingresos de igual natureza que os que poden obter as persoas privadas. Neste grupo estarían os beneficios que obteñen as empresas públicas ou os ingresos procedentes da explotación dos recursos naturais propiedade do ente público, como a minaría ou a extracción de hidrocarburos.

O segundo grupo de ingresos son os **procedentes de transferencias** que poden ter a súa orixe tanto en doazóns domésticas como na axuda exterior, xa procedan doutros Estados ou doutros niveis de goberno –entes territoriais- dentro do mesmo Estado.

O terceiro grupo é o formado polos **ingresos coactivos**, que constitúen a maior parte dos ingresos en todas as facendas; dentro destes destacan os **tributos**.

Por último, todo ente xurídico con capacidade patrimonial pode obter **ingresos de capital**, ben **alleando activos** do seu patrimonio ou ben recorrendo ao **endebedamento**. Debemos ser conscientes de que este grupo de ingresos é de natureza distinta á dos anteriores, xa que mentres que os tres primeiros grupos de ingresos poden considerarse de carácter regular, este último ten límites. Se trasladamos ao ámbito público a lóxica privada, como fixeron os economistas clásicos, o recurso aos ingresos de capital só se podería xustificar na medida en que se destinasen a financiar gastos de capital, de forma que o patrimonio neto do ente público permanecese inalterado (*Regra de sanidade financeira dos clásicos*). Desta forma, a débeda pública constitúese nunha ponte que

permite distribuír equitativamente o custo dos servizos públicos entre a xeración actual e as xeracións futuras.

Nunha primeira aproximación, o conxunto de tributos en vigor segundo o ordenamento xurídico dun determinado país nun momento dado constitúe o **sistema tributario** dese país.

Pero a expresión “sistema tributario” parece exixir, e así o entende a doutrina, algo máis que a simple xustaposición de tributos. Así, por exemplo, para SCHMÖLDERS: “*o concepto de sistema tributario implica certa coordinación dos diferentes impostos entre si co sistema económico dominante e cos fins fiscais e extrafiscais da imposición*”, e implica que as normas que regulan os tributos que forman parte del respondan á idea de sistema como elementos dun todo ordenado cara a un fin, que sexan coherentes entre si e co resto do sistema e que sirvan para transmitir de forma clara aos seus destinatarios o mandato que nelas se contén.

Así, podemos definir o **sistema tributario español** como o conxunto coherente de tributos que están integrados no ordenamento xurídico español, inspirado en principios comúns a todo o sistema, como instrumento idóneo para facer efectivo o deber constitucional ao sostemento dos gastos públicos (*artigo 31.3 da CE*).

Todo sistema tributario dun país democrático é froito da elección dos seus cidadáns, os cales manifestan as súas preferencias a través dos partidos políticos. Dependendo de cales sexan as funcións que se queiran asignar ao sector público e de como se queiran financiar estas, o sistema tributario de cada país terá unhas características ou outras. Así, por exemplo, se o sector público xoga un papel importante na provisión de servizos como a sanidade ou a educación, isto determinará o nivel de ingresos necesarios para o seu financiamento e, en gran medida, o nivel de presión fiscal.

No entanto, ademais das preferencias políticas dos cidadáns nun período determinado, o sistema tributario vén determinado tamén por outros dous factores: a historia de cada nación, como proba a existencia en España dos réximes de concerto e convenio económico no País Vasco e Navarra, e o factor internacional, que explica en parte a evolución recente dos sistemas tributarios nun mundo globalizado coma o noso, tanto pola elevada mobilidade do capital e a conseguinte competencia fiscal entre países para lograr

a súa captación, como pola creación de organismos como a Unión Europea (UE) ou a propia OCDE, que condicionan en moitos casos as políticas tributarias que se poidan desenvolver (por exemplo, os límites derivados da harmonización fiscal na UE).

Por outra banda, todo sistema tributario debe configurarse de acordo cuns principios xerais, que se analizarán máis adiante, xa avanzados por ADAM SMITH no ano 1776, entre os cales destacan a suficiencia, a equidade, a eficiencia e a sinxeleza.

En efecto, un bo sistema tributario debe ser equitativo, é dicir, xusto. Isto é, que atenda á capacidade contributiva e de pagamento, permitindo un efecto redistributivo. Ademais, ten que ser eficiente e, polo tanto, neutral; é dicir, que non distorsione as decisións dos axentes económicos. Igualmente, debe ser sinxelo, fácil de entender e aplicar por parte dos contribuíntes e de controlar e xestionar por parte da Administración. Por último, o sistema tributario deberá permitir obter a recadación necesaria para financiar o gasto público (suficiencia).

Porén, a ninguén se lle escapa que con frecuencia estes obxectivos son incompatibles entre si e, por conseguinte, o sistema tributario acaba sendo un equilibrio entre equidade, eficiencia e sinxeleza para así obter o volume desexado de recadación. Loxicamente, este equilibrio depende das preferencias dos cidadáns, aínda que tamén da situación económica tanto nacional como internacional.

A estrutura do actual sistema tributario español é resultado da reforma iniciada en 1978, coa publicación da Lei 44/1978, do imposto sobre a renda das persoas físicas, ben que todos os autores están de acordo en situar no ano 1845 o punto de arranque histórico do noso actual sistema tributario. Xunto con estas, a doutrina destaca fundamentalmente as reformas levadas a cabo nos anos 1900, 1940, 1957 e 1964.

2. O IMPOSTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS E EFECTOS

2.1. Concepto

No dereito español, tradicionalmente, o imposto, xunto coa taxa e a contribución especial, constitúe unha das tres grandes especies en que se dividiu a categoría de tributo. Esta é a clasificación acollida pola propia Constitución española (CE), no seu artigo 157.1.b, e pola Lei xeral tributaria (LXT), no seu artigo 2.2, calquera que sexa a denominación que se lle

dea ao tributo na súa norma de creación.

Por primeira vez, no noso dereito positivo, a LXT (artigo 2.1) define os **tributos** como: *"os ingresos públicos que consisten en prestacións pecuniarias exixidas por unha Administración pública como consecuencia da realización do suposto de feito ao cal a lei vincula o deber de contribuír, co fin primordial de obter os ingresos necesarios para o sostemento dos gastos públicos."*

As **taxas** *"son os tributos cuxo feito imponible consiste na utilización privativa ou no aproveitamento especial do dominio público, na prestación de servizos ou na realización de actividades en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular o obrigado tributario, cando os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios ou non os preste ou realice o sector privado."*

As **contribucións especiais** *"son os tributos cuxo feito imponible consiste na obtención polo obrigado tributario dun beneficio ou dun aumento de valor dos seus bens como consecuencia da realización de obras públicas ou do establecemento ou ampliación de servizos públicos."*

Os **impostos** *"son os tributos exixidos sen contraprestación cuxo feito imponible está constituído por negocios, actos ou feitos que poñen de manifesto a capacidade económica do contribuínte."*

De acordo coa definición legal de imposto, o seu feito imponible debe poñer de manifesto a capacidade económica do contribuínte, é dicir, da persoa que realiza o dito feito imponible. Agora ben, esta exixencia non é privativa do imposto, senón que, por imperativo constitucional (artigo 31.1 da CE), debe concorrer en todas as categorías tributarias. A nota diferencial do imposto está no elemento obxectivo do feito imponible, no cal, a diferenza das outras especies tributarias, non se recolle ningunha actividade administrativa. A esta nota característica pretende aludir a LXT cando define o imposto como un *"tributo sen contraprestación"*, expresión pouco afortunada porque a ausencia de contraprestación non constitúe nota distintiva do imposto nin de ningunha outra categoría tributaria.

GIANNINI define o imposto como *"cantidade que o Estado exige ás economías privadas, en uso do seu poder coactivo ou potestade tributaria sen proporcionar ao contribuínte, no momento do pagamento, un servizo ou prestación individual, destinado a financiar os gastos do Estado. Consiste nunha prestación en diñeiro que un ente público ten dereito a exixir en virtude da súa potestade de imperio orixinaria ou derivada, nos casos, na medida e segundo os modos establecidos na lei, co fin de conseguir un ingreso."*

As **características** do imposto son:

- a) O seu carácter obrigatorio fronte a outros ingresos públicos. É dicir, é unha prestación de dereito público que non depende na súa existencia e exixibilidade da vontade dos obrigados.
- b) É un tributo exixido sen contraprestación específica e equivalente ao pagado. A súa exixibilidade ou cobramento non están condicionados á utilización dalgún servizo público, xa que o seu obxectivo é o financiamento do gasto público.
- c) O obxecto do imposto poderá ser o patrimonio, a renda ou o gasto, como manifestacións da capacidade contributiva ou económica do suxeito pasivo.
- d) O feito imponible do tributo aparece referido tanto a feitos como a actos de natureza xurídica ou económica, que estarán delimitados por unha norma de rango legal.
- e) Da realización do feito imponible xorde por conta do contribuínte unha obriga pecuniaria de dar a favor do Estado ou doutro ente público, consistente única e exclusivamente na entrega dunha suma determinada de diñeiro.

2.2 Clases de impostos

Os **criterios de clasificación do imposto** son múltiples e na súa exposición non se pode intentar recoller todos os matices e opinións doutrinais expresadas ao respecto. Economistas, facendistas, sociólogos e xuristas formularon as máis variadas distincións entre impostos atendendo a criterios tales como a divisibilidade ou non dos servizos financiados, a repercutibilidade ou non da cantidade pagada sobre unha terceira persoa, a forma en que se liquidan ou pagan, etc.

Segundo os fins que se perseguen co imposto, autores como GERLOFF propuxeron distinguir entre *impostos fiscais*, con finalidade puramente recadatoria, e *de ordenación*

(*extrafiscais ou parafiscais*), que buscan fundamentalmente uns efectos económicos cos cales variar condutas individuais e colectivas para conseguir determinados obxectivos básicos da organización da convivencia (ex.: tributos ambientais). Ao mesmo criterio responde a distinción entre *instrumentos ou impostos financeiros e reguladores*.

Tamén se acode a agrupalos segundo os distintos tipos de suxeitos activos. Así, a existencia no noso Estado de tres niveis territoriais dotados de autonomía financeira e potestade tributaria permítenos falar de tres sistemas tributarios diferenciados dentro do sistema tributario español: o *estatal*, o *autonómico* e o *local (municipal e provincial)*.

Con base nos elementos cuantitativos do imposto, PÉREZ DE AYALA expón tres clasificacións:

- a) *Impostos analíticos e sintéticos*. Nos analíticos determínase a base imponible por rendementos, calculándose o rendimento neto por cada fonte de renda e aplicándose tipos diferenciados (ex.: IRPF). Nos sintéticos, a base imponible determínase no seu conxunto e o rendimento neto calcúlase deducindo do total de ingresos o total dos gastos legalmente deducibles e aplicando unha mesma tarifa de tipos impositivos á totalidade da súa materia imponible (ex.: IS).
- b) Chámanse *impostos ad valorem* aqueles cuxa base imponible está integrada por magnitudes monetarias e *específicos* os de base imponible expresada en unidades non monetarias (número de unidades físicas, peso, volume, etc). Esta distinción é tradicional nos impostos que gravan o consumo; así, no IVE (*ad valorem*) a base consiste na contraprestación (“valor dun ben ou servizo”) e no IVMDH ou na maioría dos IIEE (*específicos*) a base fíxase en litros (alcohois ou gasolinas), toneladas métricas (fuel óleos) ou unidades de produto (cigarros).
- c) Son *proporcionais ou progresivos* segundo que a súa tarifa, con base na súa propia estruturación, sexa proporcional (ITP-AXD) ou progresiva (IRPF ou ISD).

Limitada a clasificación ao campo do dereito, parece conveniente erixir, como criterio de cualificación, o feito imponible do tributo, isto é, o presuposto fixado pola lei para configurar cada tributo e cuxa realización orixina o nacemento da obriga tributaria de pagamento. Este criterio permite as seguintes clasificacións:

En primeiro lugar, podemos distinguir entre *impostos persoais e reais*. Como sinalou SAINZ DE BUJANDA, *impostos persoais* son aqueles en que o elemento obxectivo do presuposto de feito só se pode concibir por referencia a unha persoa determinada, de tal maneira que esta actúa como elemento constitutivo do propio presuposto. Son de tal natureza os impostos que recaen sobre a renda global ou sobre o patrimonio dunha persoa física (IRPF) ou xurídica (IS). Trátase de impostos que non poden ser pensados sen poñelos en relación cunha determinada persoa e intentan gravar toda a capacidade económica do suxeito.

Pola contra, son *impostos reais* aqueles que se asentán sobre un elemento obxectivo, cuxa intrínseca natureza se determina con independencia do elemento persoal da relación tributaria. O elemento obxectivo do presuposto de feito é constitutivamente autónomo. Pode ser pensado e, conseguintemente, definido pola norma, sen referencia a ningún suxeito determinado. É dicir, gravan manifestacións da riqueza que pode ser pensada sen poñela en relación directa cunha persoa en concreto. Por exemplo, o ITP-AXD.

Con palabras de SCHMOLDERS, diríamos que os *impostos reais* se recadan segundo datos obxectivos mentres que os *persoais* se encontran vinculados a unha persoa.

Ligada á división anterior aparece outra coa cal ás veces se confunde. Referímonos á clasificación de *impostos subxectivos e obxectivos*, en función de se se teñen (*subxectivos*) ou non (*obxectivos*) en conta as circunstancias persoais e familiares do suxeito pasivo (*elemento subxectivo do feito imponible*) no momento de cuantificar o importe da débeda tributaria.

No elemento obxectivo do feito imponible concorre un aspecto temporal, que serve para distinguir entre *impostos periódicos e instantáneos*.

Periódicos son aqueles impostos cuxo presuposto de feito goza de continuidade no tempo, de forma que o lexislador se ve obrigado a fraccionalo, de tal maneira que a cada fracción resultante asocia unha débeda tributaria distinta. Por exemplo, no IRPF, ao gravar a obtención de rendas, o lexislador dispón que se devindica o 31 de decembro de cada ano, debendo incluírse a renda percibida desde o 1 de xaneiro anterior.

Instantáneos son aqueles impostos cuxo presuposto de feito se esgota, pola súa propia

natureza, nun determinado período de tempo. Non quere dicir que a súa duración deba ser fugaz, senón que abonda con que non se prolongue indefinidamente. Por exemplo, o ITP-AXD, o ISD ou o IP.

Por último, a clasificación que goza de máis tradición, malia ser unha distinción de perfís sumamente borrosos, é a que distingue entre *impostos directos e indirectos*. O criterio máis aceptado contrapón impostos directos e indirectos segundo a capacidade contributiva dos suxeitos pasivos. Son *impostos directos* aqueles que gravan a posesión dun patrimonio ou a obtención dunha renda, en canto reflicten directamente a capacidade económica do individuo (ex.: IRPF, ISD ou IP). Os *impostos indirectos* someten a tributación manifestacións mediatas ou indirectas de capacidade económica, como sucede coa circulación ou co consumo da riqueza (ex.: IVE, IIEE ou ITP-AXD).

2.3 Principios

Ao longo dos anos, a existencia dos sistemas tributarios nas súas diversas manifestacións provocou que se fose acuñando un conxunto de normas ou regulamentos fundamentais que resultaban de xeral aceptación. Estas normas foron constituíndo paulatinamente un código ao cal se debían axustar os distintos sistemas fiscais e que constituía unha serie de recomendacións ou orientacións de carácter normativo, que son o que hoxe se coñece co nome de **principios da imposición**.

Ao falar dos principios da imposición é frecuente que se utilice a clasificación proposta por NEUMARK, que os agrupa fundamentalmente en principios político-sociais (xeneralidade, igualdade, capacidade de pagamento e redistribución tributaria), principios político-económicos (neutralidade, suficiencia, capacidade de aumento, flexibilidade e impulso ao desenvolvemento) e principios técnico-tributarios (sistematización, transparencia, factibilidade, continuidade e mínimo custo).

No entanto, á hora de analizar os principios da imposición, imos optar pola enumeración recollida na CE e na LXT, que distingue dous grupos: os principios que afectan a instrumentación interna do sistema tributario e os que afectan o sistema tributario na súa relación cos contribuíntes e coa Administración.

A. Principios da ordenación e aplicación do sistema tributario.

Neste sentido, o artigo 3 da LXT establece que *a ordenación do sistema tributario se basea na capacidade económica das persoas obrigadas a satisfacer os tributos e nos principios de xustiza, xeneralidade, igualdade, progresividade, equitativa distribución da carga tributaria e non confiscatoriedade.*

A aplicación do sistema tributario basearase nos principios de proporcionalidade, eficacia e limitación de custos indirectos derivados do cumprimento de obrigas formais e asegurará o respecto dos dereitos e garantías dos obrigados tributarios.

A.1 Principios da ordenación do sistema tributario

a) Principio de xeneralidade

Con este principio preténdese que todos contribúan dentro do sistema tributario para facer fronte ás cargas públicas, que haxa universalidade no sacrificio impositivo. O único límite, e á vez necesario, deste principio é o que deriva da súa compatibilidade co de capacidade económica e, polo tanto, só terán que pagar tributos os que teñan a suficiente capacidade económica. Só se deberán admitir, pois, aquelas excepcións ("exencións") cuxa xustificación resida na aplicación do principio de capacidade económica. Di NEUMARK que este principio "*exixe que, por unha parte, todas as persoas (naturais e xurídicas) sexan sometidas ao gravame tributario e que, por outra parte, non se admitan no marco dun imposto particular outras excepcións á obriga tributaria subxectiva e obxectiva que as que parezan inescusables por razóns de política económica, social, cultural e sanitaria ou por imperativos da técnica tributaria*".

Está explicitamente proclamado no artigo 31.1 da CE ao establecer: "*Todos contribuirán ao sostemento dos gastos públicos de acordo coa súa capacidade económica...*" e no artigo 3.1 da LXT xa citado.

b) Principios de xustiza, igualdade e progresividade

A repartición da carga tributaria débese facer conforme un criterio de xustiza. O sistema tributario será xusto na medida en que se cumpran outros dous principios: o de igualdade e o de progresividade.

O principio de igualdade en materia tributaria formúlase a través dunha dobre máxima:

gravar do mesmo modo individuos que se encontren na mesma situación e gravar de diferente maneira individuos que presenten situacións diversas. Expresado doutra forma, debe gravarse "igual os iguais e de modo desigual os desiguais".

Contribúe á consecución da dita igualdade o principio de progresividade, por canto consiste en que quen máis ten contribúa en proporción superior a quen menos ten. Isto é, que a carga tributaria soportada por un individuo (suma das cotas que satisfai a través dos diversos impostos) vaia crescendo en maior proporción a medida que o fai a súa capacidade tributaria (medida polas bases impositivas). Para que un sistema tributario cumpra con este principio, non é necesario que a progresividade teña lugar en todos e cada un dos seus impostos; abonda con que algún ou algúns deles teña ese requisito e contribúa así á progresividade global do sistema.

Estes principios recóllense tanto no artigo 3.1 da LXT coma no artigo 31.1 da CE, cando di: «*Todos contribuirán ao sostemento dos gastos públicos de acordo coa súa capacidade económica mediante un sistema tributario xusto inspirado nos principios de igualdade e progresividade que, en ningún caso, terá alcance confiscatorio*». Artigos onde tamén se recollen os dous principios seguintes: capacidade económica e non confiscatoriedade.

c) Principio de capacidade económica

Dous son os criterios que se utilizan na teoría normativa da facenda para decidir os impostos que debe pagar cada cidadán. Un é o principio do beneficio; o outro é o da capacidade de pagamento ou económica. De acordo co primeiro, cada individuo debería contribuír a cubrir os gastos públicos de acordo cos beneficios que obtén polos bens e servizos que o Estado lle proporciona. En cambio, se nos atemos ao principio da capacidade de pagamento cada individuo debería contribuír segundo a súa capacidade, independentemente dos beneficios que deriven da acción pública.

O principio de capacidade económica actúa como un límite para o lexislador ao facer uso da súa potestade tributaria. Supón que o establecemento do tributo debe atender á capacidade dos suxeitos chamados a satisfacela.

d) Principio de non confiscatoriedade

Supón que o sistema tributario non terá en ningún caso alcance confiscatorio. Pon así un

límite que persegue impedir que a existencia dun tributo poida anular o dereito constitucional de propiedade.

e) Principio de equidade ou equitativa distribución da carga tributaria

Este principio exige que o fin último que debe alcanzar un sistema tributario sexa a repartición equitativa dos tributos, pois a equidade aparece como contido último da xustiza. Esta existencia na CE só aparece referida aos gastos públicos (artigo 31.2). Porén, si está recollida no artigo 3 da LXT respecto do sistema tributario.

A.2 Principios da aplicación do sistema tributario

a) Principio de proporcionalidade

A proporcionalidade é exixida pola LXT, tanto con carácter xeral (artigo 3.2): “*A aplicación do sistema tributario basearase nos principios de proporcionalidade...*”, coma particular cando se refire á potestade sancionadora (artigo 178), nas actuacións do procedemento de recadación (medidas cautelares, artigo 81; embargos, artigo 169) e tamén no procedemento inspector (medidas cautelares, artigo 146). Responde á existencia de equilibrio entre o fin pretendido e as medidas adoptadas para a súa consecución.

b) O principio de eficacia

A eficacia alude á necesidade de que a Administración logre desempeñar efectivamente as funcións que ten encomendadas, que non son outras que a aplicación do sistema tributario. Este mandato esta previsto con carácter xeral para toda a Administración pública no artigo 103.1 da CE.

c) Principio de limitación de custos indirectos derivados do cumprimento de obrigas formais

Xunto coa presión fiscal directa, existe outro tipo de presión fiscal denominada indirecta que obriga o contribuínte a soportar unhas exixencias formais, non pecuniarias, que teñen un importante custo adicional ao da débeda tributaria. Así, este principio pretende que a Administración lles impoña aos contribuíntes só aquelas obrigas estritamente necesarias, sendo claro expoñente disto os dereitos que se lle recoñecen ao obrigado tributario no artigo 34 da LXT, por exemplo o dereito a ser informado e asistido pola Administración tributaria ou o dereito a non achegar aqueles documentos xa presentados por eles

mesmos e que se encontren en poder da Administración actuante.

B. Potestade tributaria e principio de legalidade ou reserva de lei

En canto á titularidade da potestade tributaria, ou potestade para o establecemento de tributos, o artigo 4 da LXT recolle esencialmente o contido do artigo 133 da CE ao establecer que:

«1. A potestade orixinaria para establecer os tributos corresponde exclusivamente ao Estado, mediante lei.

2. As comunidades autónomas e as corporacións locais poderán establecer e exixir tributos, de acordo coa Constitución e coas leis.

3. As demais entidades de dereito público poderán exixir tributos cando unha lei así o determine».

En virtude do disposto neste precepto, a doutrina fai unha distinción entre potestade orixinaria para o establecemento dos tributos, que correspondería ao Estado, e a potestade tributaria derivada, que correspondería ás CC.AA. e CC.LL.

En canto ao instrumento ou vehículo formal para o seu exercicio, o artigo 31.3 da CE sinala que: *«Só se poderán establecer prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público conforme a lei»*. Esta reserva de lei concrétase no artigo 8 da LXT ao enumerar as materias que deberán ser reguladas por lei.

2.4 Efectos

A consideración da teoría xeral da imposición, ademais da análise do concepto, clases e principios, require unha breve referencia aos seus **efectos económicos**.

A identificación do contribuínte e a liquidación e o pagamento do imposto non son a única influencia que a imposición exerce sobre a economía. Os efectos económicos do imposto están en relación coas diversas reaccións que pode adoptar o suxeito económico ante o seu establecemento ou a súa modificación. As ditas reaccións pódense resumir en percusión, translación, incidencia e evasión.

Por **percusión** enténdese o efecto directo e inmediato que se orixina sobre aqueles que son legalmente responsables do pagamento do imposto. O suxeito que fai fronte ao

imposto verase afectado no seu nivel de renda na mesma proporción que supoña o importe que deba ingresar.

No entanto, non sempre o que debe o imposto é o que efectivamente o soporta. Aparece así a **translación** conectada á percusión, e consiste en conseguir que o suxeito económico percutido pase o imposto pagado, total ou parcialmente, a cargo doutro suxeito. Desta forma, o suxeito pode evitar o pagamento de todo ou parte do imposto establecido legalmente sobre el, mediante alteracións nos prezos dos produtos ou servizos que presta.

A **incidencia** do imposto está en conexión cos dous fenómenos anteriores e constitúe a determinación final do peso do gravame. Noutras palabras, sería dar resposta á pregunta: “¿quen paga realmente os impostos?”

O feito de que os impostos se exixan de determinados suxeitos pasivos non significa que sexan estes os que, en definitiva, os paguen. É dicir, a incidencia formal ou legal dun imposto non ten por que coincidir coa incidencia económica ou efectiva.

Establecido o tributo, este provoca unha serie de reaccións entre os distintos suxeitos con aqueles que realmente terminan pagando o imposto. Esta diferenza entre incidencia legal e incidencia económica ocorre porque a carga do imposto é trasladada a outros axentes económicos polos legalmente gravados. Polo tanto, as diferenzas entre incidencia legal e económica residen no proceso de translación do imposto que altera a incidencia sobre os seus suxeitos legais. Así, a incidencia económica pódese definir como o conxunto de cambios que ocasiona na distribución da renda real ou imposto, dando lugar a que os que realmente pagan o imposto non sexan os legalmente incididos por el.

Finalmente, como concepto oposto ao da percusión está a **evasión**. A evasión é a consecuencia da decisión do suxeito destinatario do imposto de subtraerse á obriga xurídica de pagar a débeda correspondente. Adóitase diferenciar entre o que se considera evasión ilegal, cuxas formas fundamentais son o contrabando e a fraude fiscal, e a evasión legal, no sentido de que o contribuínte ten a posibilidade de deixar de consumir ou producir os bens ou servizos ou, en xeral, a actividade suxeita a imposición. Así mesmo, poden dar lugar á evasión legal as lagoas que presente a norma xurídica do imposto, sempre que o contribuínte se aproveite delas, evitando que incida sobre el.

Unha análise máis detallada levaríanos a estudar os efectos finais que cada figura impositiva en concreto pode ter sobre as decisións adoptadas polos suxeitos económicos en relación coa oferta de traballo, oferta de aforro, asunción de riscos, investimento, financiamento, etc.

Desta forma, a política fiscal sitúase entre os instrumentos de intervención de que dispón o sector público. Como sinala o artigo 2.2 da LXT: *“Os tributos, ademais de ser medios para obter os recursos necesarios para o sostemento dos gastos públicos, poderán servir como instrumentos da política económica xeral e atender a realización dos principios e fins contidos na Constitución”*. É dicir, o tributo deixa de ser neutro e de exclusiva finalidade recadatoria, para servir de instrumento da política económica e social. Neste sentido, pódese recordar que a CE sinala entre os principios reitores da política social e económica o deber dos poderes públicos de promover as condicións favorables para o progreso social e económico no marco dunha política de estabilidade económica, orientada de maneira especial ao pleno emprego (artigo 40).

Para unha adecuada comprensión do sistema tributario español, é conveniente incidir nas principais relacións entre as distintas figuras impositivas.

No IRPF, o IS e o IRNR, o obxecto imponible é a renda obtida polo suxeito pasivo, sendo o criterio delimitador dobre: a residencia do perceptor da renda -así, distínguese entre os residentes (IRPF e IS) e os non residentes (IRNR)- e a natureza do perceptor, segundo se trate dunha persoa física (IRPF-IRNR) ou xurídica (IS-IRNR).

A natureza do perceptor tamén delimita o ISD, que grava os incrementos patrimoniais obtidos a título lucrativo por persoas físicas, e o IS, onde se someten a gravame os incrementos de patrimonio lucrativos obtidos por persoas xurídicas.

Ás incompatibilidades descritas hai que engadir a existente entre o ISD e o IRPF, xa que en ambos se gravan os incrementos de patrimonio obtidos por persoas físicas. Co fin de evitar a dobre imposición, a lei do IRPF considera non suxeitos ao imposto os incrementos de patrimonio que se encontren suxeitos ao ISD.

O IP configúrase como un gravame complementario ao do IRPF, polo que se establece un límite de gravame conxunto sobre as cotas de ambos os impostos. Ademais, o IP é

obxecto de referencias por parte doutras figuras da imposición directa (IRPF, ISD), fundamentalmente en canto ás regras de valoración de bens ou dereitos e de titularidade fiscal sobre estes, o que tamén explica que non se suprimise formalmente do ordenamento tributario.

Existe compatibilidade entre o IVE e os IOS e IAXD, pero non entre o IVE e o ITPO, de forma que non estarán suxeitas ao ITPO as operacións cando sexan realizadas por empresarios ou profesionais no exercicio da súa actividade empresarial ou profesional e, en calquera caso, cando constitúan entregas de bens ou prestacións de servizos suxeitas ao IVE. Non obstante, a especial importancia das operacións inmobiliarias rompe esta regra xeral, xa que estarán suxeitas ao ITPO as entregas ou arrendamento de bens inmoables, cando gocen de exención no IVE, así como as entregas daqueles inmoables que estean incluídos na transmisión da totalidade dun patrimonio empresarial, cando, polas circunstancias concorrentes, a transmisión deste patrimonio non quede suxeita a IVE.

O ISD, que grava transmisións lucrativas, é incompatible cos ITPO e IOS, así como co IAXD, en canto aos “documentados notariais” na súa cota variable. Agora ben, é compatible coa cota fixa que grava os documentos notariais polo IAXD.

Admítese a concorrencia do ISD e o IVE, ben que require que o ben doado estea afecto a unha actividade empresarial ou profesional, de forma que a súa doazón supón a desafectación do doado respecto do patrimonio empresarial ou profesional do doador, producíndose un suposto de “autoconsumo” sometido a gravame no IVE. O mesmo sucede na transmisión *mortis causa* cando non abarca a totalidade do patrimonio empresarial ou profesional.

3. OS IMPOSTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES

Son *impostos directos* aqueles que gravan a posesión dun patrimonio ou a obtención dunha renda, en canto reflicten directamente a capacidade económica (de pagamento ou contributiva) do individuo, que se medirá neste caso polo que gana ou polo que ten esa persoa. Son impostos progresivos, coa única excepción do imposto sobre sociedades que ten con carácter xeral un tipo fixo único (imposto proporcional).

A articulación destes impostos ao redor da capacidade económica como criterio reitor

exixe determinar as concretas categorías económicas susceptibles de quedar suxeitas á imposición directa. Tales son os rendementos ou as rendas derivadas dos factores de produción (traballo persoal, capital e actividades económicas), os incrementos patrimoniais ou plusvalías obtidos por vía de adquisición onerosa ou gratuíta e o patrimonio neto dos suxeitos.

Efectivamente, a imposición directa constrúese ao redor de dous índices fundamentais: o índice de “patrimonio” e o índice de “renda”. Ao redor do primeiro establécense impostos sobre o patrimonio neto, sobre sucesións e doazóns e sobre a propiedade de elementos patrimoniais. Conforme o segundo, quedan enunciados os impostos sobre a renda, tanto a obtida polas persoas físicas como polas sociedades e demais entidades.

No sistema tributario español son impostos directos:

- **Imposto sobre a renda das persoas físicas (IRPF)**

Trátase dun imposto directo e de carácter persoal e subxectivo que grava, segundo os principios de igualdade, xeneralidade e progresividade, a renda das persoas físicas residentes en territorio español, de acordo coas súas circunstancias persoais e familiares. O seu obxecto imponible é a renda do contribuínte, entendida como a totalidade dos seus rendementos, ganancias e perdas patrimoniais e as imputacións de renda que se establecen na lei, con independencia do lugar onde se producisen e calquera que sexa a residencia do pagador (renda mundial). Para efectos de determinar a base imponible e do cálculo da cota que cómpre ingresar, a renda clasificarase en xeral (sometida a tipo progresivo) e do aforro (sometida a tipo proporcional). A regulación actual está na Lei 35/2006, do 28 de novembro, e no Regulamento do imposto, aprobado polo Real decreto 439/2007, do 30 de marzo.

- **Imposto sobre sociedades (IS)**

É un imposto directo e de carácter persoal, proporcional e periódico que grava a renda das sociedades e demais entidades con personalidade xurídica que teñan a súa residencia en territorio español. Actualmente regulado na Lei 27/2014, do 27 de novembro, do imposto de sociedades, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2015.

- **Imposto sobre a renda de non residentes (IRNR)**

É un imposto directo e de carácter real, que grava as rendas obtidas en territorio español polas persoas físicas e entidades non residentes nel. A súa normativa reguladora encontrámola no texto refundido da Lei do imposto sobre a renda de non residentes, aprobado polo Real decreto lexislativo 5/2004, do 5 de marzo, e polo Real decreto 1776/2004, do 30 de xullo, que aproba o seu regulamento.

– **Imposto sobre patrimonio (IP)**

É un imposto directo, persoal e progresivo, que recae sobre o patrimonio neto das persoas físicas, entendendo por patrimonio neto o conxunto de bens e dereitos de contido económico de que sexa titular, con dedución das cargas e gravames que diminúan o seu valor, así como das débedas e obrigas persoais das cales deba responder.

Está regulado pola Lei 19/1991, do 6 de xuño. Con efectos desde o 1.1.2008, mediante a Lei 4/2008, do 23 de decembro, suprimiuse o gravame derivado deste imposto mediante a aprobación dunha bonificación xeral do 100% da cota íntegra; polo tanto, mantense a norma reguladora do imposto, aínda que se derrogan algúns dos seus artigos, como o da obriga de declarar. Con iso non só se produciu unha evidente perda recadatoria, senón que tamén se perde o labor de control que desempeñaba este imposto, e que foi substituído pola información obtida a través das declaracións informativas previstas en diversas normas, como o Real decreto 1065/2007, do 27 xullo, polo que se aproba o Regulamento xeral das actuacións e dos procedementos de xestión e inspección tributaria, e a dispoñible nos rexistros públicos (ex.: Catastro).

Mediante o Real decreto lei 13/2011, do 16 de setembro, restablécese o imposto sobre o patrimonio, con carácter temporal para os exercicios 2011 e 2012. Non obstante, a través da Lei 16/2012, do 27 de decembro, da Lei 22/2013, do 23 de decembro, e da Lei 36/2014, do 26 de decembro, aprobáronse máis prórrogas do restablecemento inicial; a última, operativa ata o 1 de xaneiro de 2016.

– **Imposto sobre sucesións e doazóns (ISD)**

É un imposto directo, progresivo e subxectivo, que grava os incrementos de patrimonio obtidos a título gratuito polas persoas físicas, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Está regulado pola Lei 29/1987, do 18 de decembro, do imposto sobre sucesións e

doazóns, e polo Real decreto 1629/1991, polo que se aproba o seu regulamento.

Dentro do sistema tributario local, son impostos directos, regulados no texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, os seguintes:

– **Imposto sobre bens inmuebles (IBI)**

É un imposto directo, real e periódico, que grava a propiedade de bens rústicos ou urbanos, situados no termo municipal de aplicación do imposto, así como a titularidade sobre tales bens dun dereito real de usufruto ou superficie ou dunha concesión administrativa sobre eles ou sobre os servizos públicos a cuxa realización se afecten. Exíxeno os municipios de forma obrigatoria e a xestión é compartida coa Administración do Estado.

– **Imposto sobre actividades económicas (IAE)**

É un imposto directo, real e periódico, que grava o simple exercicio no territorio nacional de actividades económicas (empresariais, profesionais e artísticas), exérzanse estas ou non en local determinado e estean ou non especificadas nas tarifas do imposto. Exíxeno os municipios de forma obrigatoria e é de xestión compartida coa Administración do Estado.

– **Imposto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM)**

Coloquialmente chamado “imposto de circulación”, trátase dun imposto directo, real e periódico, que grava a titularidade de vehículos de tracción mecánica aptos para circular pola vía pública. Considéranse aptos todos os vehículos que fosen matriculados nos rexistros públicos mentres non causen baixa neles. É de exacción obrigatoria polos municipios e xestión local.

– **Imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana (IIVTNU)**

Coloquialmente denominado “*plusvalía*”. É un imposto directo, real e potestativo, que grava o incremento de valor que experimenten os terreos urbanos e que se pon de manifesto como consecuencia da transmisión da súa propiedade por calquera título ou da constitución ou transmisión de calquera dereito real de desfrute, limitativo do dominio,

sobre os referidos terreos.

4. IMPOSTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES E CLASES.

Definidos anteriormente os impostos indirectos, recordamos que someten a tributación manifestacións indirectas de capacidade económica, como a circulación ou o consumo de bens ou servizos. Como regra xeral, son proporcionais, é dicir, aplícanse tipos impositivos constantes. Caracterízanse porque non teñen en conta as circunstancias persoais de quen os soporta, o que determina que teñan un patrón de distribución regresivo (a diferenza dos impostos sobre a renda), que pugna co criterio de equidade; o que se pretende evitar ou suavizar, discriminando os tipos de gravame (como os tipos reducidos no IVE ou a existencia de tipos bonificados no ITP-AXD), especialmente se a dita discriminación se fai atendendo ás circunstancias persoais dos colectivos beneficiados polos tipos bonificados (non como sucede no IVE, onde se atende ao ben ou servizo adquirido para establecer o tipo con independencia das circunstancias persoais do consumidor adquirente).

Son impostos indirectos:

- **Imposto sobre o valor engadido (IVE)**

É un imposto de natureza indirecta e real, que recae sobre o consumo e grava as entregas de bens e prestacións de servizos efectuadas por empresarios e profesionais no desenvolvemento da súa actividade empresarial ou profesional, as adquisicións intracomunitarias de bens e as importacións de bens.

É a base da imposición indirecta. Trátase dun imposto plurifásico na medida en que grava todas as entregas e servizos producidos nas distintas fases da cadea de produción ou comercialización e o empresario ou profesional poderá deducir o IVE soportado en cada fase. O obxecto impositivo é o consumo familiar, pois o imposto grava os bens e servizos que aflúen por un ou outro camiño ás unidades familiares, con ese preciso destino final. De aí que os consumidores finais non poden deducir o imposto e o soportan efectivamente ao efectuaren os seus consumos.

É un imposto harmonizado parcialmente na Unión Europea, de forma que a lexislación interior dos Estados membros se debe adaptar ás normas comunitarias ditadas para o efecto. Está regulado pola Lei 37/1992, do 28 de decembro, e polo Real decreto

1624/1992, do 29 de decembro, que aproba o seu regulamento.

– **Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados (ITP-AXD)**

A regulación vixente encóntrase no Real decreto lexislativo 1/1993, do 24 de setembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do ITP-AXD, e no Real decreto 828/1995, do 29 de maio, polo que se aproba o regulamento.

Con independencia da súa concepción legal unitaria, o ITP-AXD descomponse, en realidade, en tres impostos, conceptos ou modalidades distintas:

1º. Imposto sobre transmisións patrimoniais onerosas (ITPO): é un imposto de natureza indirecta e carácter real, que recae sobre as transmisións onerosas de bens ou dereitos, non vinculadas a operacións empresariais ou profesionais. É dicir, grava o tráfico patrimonial de carácter civil.

2º. Imposto sobre operacións societarias (IOS): é un imposto de natureza indirecta que recae sobre as transmisións, transferencias ou desprazamentos de capitais derivados das operacións a que se refire a súa propia denominación legal (constitución de sociedades, ampliación de capital, reducións de capital, etc.).

3º. Imposto sobre actos xurídicos documentados (IAXD): é un imposto indirecto que recae sobre os documentos sometidos a gravame: *documentos notariais*, como as escrituras públicas; *documentos mercantís*, como as letras de cambio; os *documentos administrativos*, como as anotacións preventivas nos rexistros públicos. A imposición sobre AXD, na súa orixe, está emparentada coas garantías á propiedade outorgadas polo Estado mediante o establecemento de rexistros, especialmente respecto de inmoables. Neste sentido, a súa xustificación deberíase buscar máis preto dos criterios do principio do beneficio que do principio de capacidade de pagamento. É dicir, o imposto poderíase ver como un instrumento para financiar o custo do sistema xurídico-administrativo público de garantía da propiedade.

– **Impostos especiais (IIEE)**

Son impostos de natureza indirecta que recaen sobre consumos específicos e gravan, en fase única (*monofásico*), a fabricación, importación e, de ser o caso, introdución no ámbito

territorial interno de determinados bens, así como a matriculación de determinados medios de transportes e a posta para o consumo de carbón.

Son compatibles co IVE (dobre imposición querida polo lexislador). É máis, o importe dos IIEE forma parte da base imponible gravada polo IVE. A súa existencia e o réxime descrito xustifícanse con base en que o consumo dos bens gravados xera uns custos sociais, non tidos en conta á hora de fixar os seus prezos privados, que deben ser sufragados polos consumidores, mediante unha imposición específica que grave selectivamente estes consumos; cumpren, ademais da súa función recadatoria, unha finalidade extrafiscal como instrumento das políticas sanitarias, enerxéticas, de transportes, de ambiente, etc. Teñen a consideración de impostos especiais de conformidade coa Lei 38/1992, do 28 de decembro, e co Real decreto 1165/1995, do 7 de xullo, polo que se aproba o seu regulamento:

A. Impostos especiais de fabricación:

1. Os seguintes impostos especiais sobre o alcohol e as bebidas alcohólicas:

- a) O imposto sobre a cervexa.
- b) O imposto sobre o viño e bebidas fermentadas.
- c) O imposto sobre produtos intermedios.
- d) O imposto sobre o alcohol e bebidas derivadas.

2. O imposto sobre hidrocarburos.

3. O imposto sobre os elaborados do tabaco. Teñen a consideración de elaborados do tabaco os xarutos e os xarutiños, os cigarros, a picadura para lear e os demais tabacos para fumar.

B. O imposto especial sobre determinados medios de transporte, que grava a primeira matriculación definitiva en España de vehículos, embarcacións e aeronaves.

5. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. E CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. Madrid.
- FUENTES QUINTANA, E.: *Hacienda Pública*. Imprenta Rufino Blanco. Madrid.
- ALBI. E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. E ZUBIRI, I.: *Economía Pública II*. Editorial Ariel. Barcelona.
- SEVILLA SEGURA J.: *Política y Técnica Tributaria*. IEF. Madrid.

CARLOS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

DIRECTOR XERAL DE TRIBUTOS

REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 9

OS TRIBUTOS PROPIOS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. AS TAXAS: NATUREZA; NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO; PRINCIPAIS SUPOSTOS. OS PREZOS PÚBLICOS

TEMA 9. OS TRIBUTOS PROPIOS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. AS TAXAS: NATUREZA; NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO; PRINCIPAIS SUPOSTOS. OS PREZOS PÚBLICOS

1. OS TRIBUTOS PROPIOS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

Toda referencia aos tributos no ordenamento xurídico español parte do modelo de **organización territorial consagrado no artigo 137 da Constitución española de 1978 (CE)**, segundo o cal: *"O Estado organízase territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses"*.

Así, a CE distribúe o poder político, e con el o poder administrativo e o financeiro, en tres niveis de goberno: o Estado, as comunidades autónomas (CC.AA.) e as corporacións locais (CC.LL.).

As CC.AA. constituíronse nuns entes territoriais cun crecente protagonismo no sector público, e gozan de autonomía financeira, consubstancial á autonomía política, en virtude do artigo 156.1 da CE que establece que: *"As comunidades autónomas gozarán de autonomía financeira para o desenvolvemento e execución das súas competencias de acordo cos principios de coordinación coa Facenda estatal e de solidariedade entre todos os españois"*.

Este principio de autonomía financeira é enunciado, pola súa vez, no artigo primeiro da Lei orgánica 8/1980, do 22 de decembro, de financiamento das comunidades autónomas (LOFCA), que, de acordo co previsto no artigo 157.3 da CE, establece o réxime xurídico xeral do sistema de financiamento das CC.AA., a excepción do País Vasco e Navarra, que contan cos réximes forais de concerto e convenio económico, respectivamente.

Trazo distintivo da autonomía financeira das CC.AA. de réxime común é o recoñecemento, nos artigos 133.2 da CE e 6 da LOFCA, dun poder tributario propio, como poder lexislativo de creación de tributos.

Agora ben, o poder tributario das CC.AA. é un poder limitado. Os seus límites encóntranse particularmente na Constitución, nos tratados internacionais e nas demais normas integrantes do chamado bloque de constitucionalidade, en especial pola LOFCA e polas leis

de cesión de tributos do Estado ás comunidades autónomas (na actualidade, a Lei 22/2009, do 18 de decembro, pola que se regula o sistema de financiamento das comunidades autónomas de réxime común e cidades con estatuto de autonomía).

Este marco xurídico permite distinguir dous ámbitos de exercicio do poder tributario das CC.AA.: por unha parte, as competencias normativas delegadas polo Estado en relación cos **tributos estatais cedidos** ás comunidades autónomas (*imposto sobre a renda das persoas físicas, imposto sobre o patrimonio, imposto sobre sucesións e doazóns, imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, tributos sobre o xogo, imposto especial sobre determinados medios de transporte, imposto sobre as vendas retalistas de determinados hidrocarburos*) nos termos previstos nas leis de cesión (no caso de Galicia, a Lei 17/2010, do 16 de xullo, do réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia, nos casos e condicións previstos na Lei 22/2009) e, por outra, a potestade de crear **tributos propios**, isto é, os seus propios impostos, taxas e contribucións especiais, como recursos cos que contarán as CC.AA. para dar cumprida aplicación ao principio de autonomía financeira, segundo sinala o artigo 157.1 da CE.

Ademais do artigo 157.1 da CE, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia, tanto o Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, como o texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia (TRLRFOG), aprobado polo Decreto lexislativo 1/1999, do 7 de outubro, recoñecen dentro dos dereitos económicos da Facenda pública galega os rendementos dos impostos, das taxas e das contribucións especiais que estableza a Comunidade Autónoma (artigo 14.1).

Como se dixo, esta potestade tributaria recoñecida ás CC.AA. está limitada, xa que non só se deben respectar as previsións do artigo 31 da CE, exixibles a todo sistema tributario, xa sexa estatal, autonómico ou local, senón que ademais debe cumprirse o disposto nos artigos 157.2 da CE e 6 e 9 da LOFCA. Estes límites pódense resumir do seguinte modo:

A. A reserva de lei establecida no artigo 31.3 da CE, segundo o cal «*Só se poderán establecer prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público consonte a lei*».

B. Os principios constitucionais de xustiza tributaria recollidos no artigo 31.1 da CE. Desta forma deben respectarse os principios de xeneralidade, de igualdade, de capacidade económica, de progresividade, de non confiscatoriedade, de seguridade xurídica (a certeza

xurídica, a estabilidade normativa, a interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos).

C. Límites derivados da natureza de ente territorial das CC.AA.:

C.1 Ausencia de carga fiscal extraxurisdicional (artigo 157.2 da CE e 9 da LOFCA).

C.2 A non obstaculización da libre circulación e establecemento de persoas, bens e servizos (artigo 139.2 e 157.2 da CE e 9 da LOFCA).

C.3 A ausencia de privilexios económicos ou sociais (artigo 138.2 da CE).

C.4 O respecto aos principios da harmonización fiscal comunitaria.

C.5 A coordinación das facendas comunitaria, estatal, autonómica e local (artigo 156.1 e 157.3 da CE, 2 da LOFCA). Nesta materia, cabe destacar:

- O carácter básico das disposicións contidas na LXT, como ben sinala o seu artigo 1: *"Esta lei establece os principios e as normas xurídicas xerais do sistema tributario español e será de aplicación a todas as administracións tributarias en virtude e co alcance que deriva do artigo 149.1.1ª, 8ª, 14ª e 18ª da Constitución"* e reitera a Lei 22/2009 de cesión de tributos: *"A terminoloxía e conceptos das normas que diten as comunidades autónomas adecuaranse á Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria"* (artigo 27).

- A creación de órganos colexiados para garantir a coordinación: o *Consello de Política Fiscal e Financeira*, creado pola LOFCA, e constituído polo ministro de Economía e Facenda, o ministro de Administracións Públicas e o conselleiro de Facenda de cada comunidade ou cidade autónoma, encargado da adecuada coordinación entre a actividade financeira das CC.AA. e da Facenda do Estado. O *Consello Superior para a Dirección e Coordinación da Xestión Tributaria*, creado pola Lei de cesión de tributos, integrado por representantes da Administración tributaria do Estado e das CC.AA., encargado de coordinar a xestión dos tributos cedidos. En cada CC.AA., os *consellos territoriais para a dirección e coordinación da xestión tributaria*, creados pola Lei de cesión de tributos, como órganos colexiados integrados por representantes da Administración tributaria do Estado e das CC.AA. de que se trate, aos cales corresponde coordinar a xestión dos tributos cedidos no seu respectivo ámbito territorial.

C.6 A solidariedade das facendas autonómicas entre si e coas facendas comunitarias, estatal e locais (artigo 2 e 138 da CE).

D. Límites derivados dos principios constitucionais de distribución de competencias:

D.1 A prohibición de identidade esencial entre tributo estatal e imposto autonómico (artigo 6.2 da LOFCA).

D.2 A prohibición de identidade esencial entre tributo local e imposto autonómico (artigo 6.3 da LOFCA).

Para CALVO ORTEGA, os tributos propios das CC.AA. de réxime común, ademais dos límites establecidos no artigo 31.3 da CE, deben cumprir con tres principios: territorialidade, non interferencia e separación.

O **principio de separación** fai referencia aos números 2 e 3 do artigo 6 da LOFCA, ao establecer que *“Os tributos que establezan as comunidades autónomas non poderán recaer sobre feitos impositivos gravados polo Estado”* e que *“Os tributos que establezan as comunidades autónomas non poderán recaer sobre feitos impositivos gravados polos tributos locais”*. Este principio responde á prohibición de dobre imposición en materia tributaria, entendido como concorrencia de diversas figuras tributarias sobre unha mesma riqueza gravable e cuxa titularidade poida corresponder a distintos entes públicos, o cal só é predicable respecto a impostos de carácter fiscal, pero non cando concorre sobre unha mesma riqueza gravada ou materia impositiva un imposto con pretensión recadatoria (fiscal) e outro lexitimado exclusivamente por razóns extrafiscais ou de ordenación (por exemplo, os ambientais).

Agora ben, para que resulte aceptable a concorrencia de dúas figuras impositivas, debe quedar claro que se trata dun verdadeiro imposto extrafiscal e non dun imposto con finalidade recadatoria camuflado de tributo de ordenación, xa que nos impostos extrafiscais *“a intentio legis do tributo non é crear unha nova fonte de ingresos públicos con fins estritamente fiscais ou redistributivos”* (STC 37/1987).

Ao **principio de territorialidade** refírese o artigo 9.a) da LOFCA ao sinalar que *“Non se poderán suxeitar elementos patrimoniais situados, rendementos orixinados nin gastos realizados fóra do territorio da respectiva comunidade autónoma”*.

A isto habería que engadir a alínea b) do mesmo artigo, onde se prohibe que se graven como tales, *“negocios, actos ou feitos celebrados ou realizados fóra do territorio da*

comunidade impositora, nin a transmisión ou exercicio de bens, dereitos e obrigas que non nacesen nin se teña que cumprir no dito territorio ou cuxo adquirente non resida nel”.

Por último, o **principio de non interferencia económica** está recollido no artigo 9.c) da LOFCA, segundo o cal os impostos creados polas CC.AA. “*non poderán supor obstáculo para a libre circulación de persoas, mercadorías e servizos capitais nin afectar de maneira efectiva a fixación de residencia das persoas ou a localización de empresas e capitais dentro do territorio español, nin comportar cargas trasladables a outras comunidades”.*

Vistas as limitacións anteriores, e considerando especialmente a extensión dos impostos estatais sobre a renda, o patrimonio e o consumo, parece difícil a determinación de feitos impoñibles novos por parte das CC.AA., é dicir, distintos dos establecidos polas leis do Estado.

A conclusión á cal se pode chegar é que o exercicio da potestade para crear tributos das CC.AA. non pode dar lugar á creación dun “sistema” tributario autonómico, senón máis ben a un conxunto de figuras inconexas e da máis diversa natureza.

Sobre esta premisa, queda claro que a garantía da xustiza tributaria e do logro da progresividade, xunto coas exixencias de redistribución, corresponde desenvolverlas ao sistema tributario estatal, sen que isto signifique que os tributos propios das CC.AA. poidan vulnerar as exixencias da capacidade económica.

A Comunidade Autónoma de Galicia creou como **impostos propios**, aplicables ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma, os seguintes:

- O **imposto sobre o xogo do bingo**, creado pola Lei 7/1991, do 19 de xuño, de tributación sobre o xogo. Este tributo foi derogado pola Lei 11/2013, de orzamentos de Galicia de 2014, con entrada en vigor da derogación o 1 de xaneiro de 2014.
- O **imposto sobre a contaminación atmosférica (ICA)** foi establecido pola Lei 12/1995, do 29 de decembro, e o seu regulamento foi aprobado polo Decreto 29/2000, do 20 de xaneiro. Co obxecto de contribuír a regular a utilización dos recursos naturais de Galicia, e de forma específica a emisión de substancias contaminantes, este imposto recae sobre as emisións de determinadas substancias contaminantes á atmosfera cuxos focos se encontren situados dentro do ámbito territorial da Comunidade Autónoma. En concreto,

grava a emisión de dióxido de xofre ou calquera outro composto oxixenado do xofre e de dióxido de nitróxeno ou calquera outro composto oxixenado do nitróxeno.

- O **imposto sobre o dano ambiental causado por determinados usos e aproveitamentos da auga encorada (IDMAE)** foi establecido pola Lei 15/2008, do 19 de decembro, coa finalidade de, por unha parte, compensar os efectos negativos a que se encontra sometido o contorno natural de Galicia pola realización de actividades que afectan o seu patrimonio fluvial natural e, por outra, reparar o dano ambiental causado polas ditas actividades.

Como consecuencia disto, a recadación deste tributo, deducidos os custos de xestión, destinarase a financiar as actuacións e medidas encamiñadas á prevención e protección dos recursos naturais, así como á conservación, reparación e restauración do ambiente e, en especial, á conservación do patrimonio natural fluvial galego directa ou indirectamente afectado polos danos ambientais gravados.

Este imposto, de natureza real e finalidade extrafiscal, grava o dano ambiental provocado pola realización de actividades industriais mediante o uso ou aproveitamento da auga encorada, cando este altere ou modifique substancialmente os valores naturais dos ríos e, en especial, o caudal e a velocidade da auga na súa canle natural.

- O **canon eólico** foi creado pola Lei 8/2009, do 22 de decembro, pola que se regula o aproveitamento eólico en Galicia e se crean o canon eólico e o Fondo de Compensación Ambiental, a través do cal se xestionan os ingresos obtidos polo canon. Malia a súa denominación e sen que se poida apreciar incorrección na súa norma de creación ao atribuírlle o carácter de ingreso compensatorio e prestación patrimonial de dereito público de natureza extrafiscal e real, o certo é que o canon eólico responde á natureza dos impostos de carácter indirecto. Constitúe o seu feito imponible a xeración de afeccións e impactos visuais e ambientais adversos sobre o medio natural e sobre o territorio, como consecuencia da instalación en parques eólicos de aeroxeradores afectos á produción de enerxía eléctrica e situados no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia.

Os ingresos derivados do canon, deducidos os custos de xestión, destinaranse a conservación, reposición e restauración do ambiente, así como a actuacións de compensación e reequilibrio ambiental e territorial das cales serán principais beneficiarios

os municipios afectados pola implantación de parques eólicos e polas instalacións de evacuación destes.

- O **canon de saneamento**, creado pola Lei 8/1993, do 23 de xuño, de Administración hidráulica de Galicia, con carácter de ingreso de dereito público, aplicable no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia, cuxo rendemento se debe destinar integramente ao financiamento de gastos de investimento e de explotación de infraestruturas de evacuación “en alta” e de tratamento de augas residuais.

O órgano encargado da súa xestión e aplicación foi o organismo autónomo Augas de Galicia.

O canon de saneamento réxese pola citada Lei 8/1993 e polo Regulamento de desenvolvemento lexislativo do capítulo IV da Lei 8/1993, aprobado polo Decreto 8/1999, do 21 de xaneiro.

Na actualidade, a Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia, crea o **canon da auga**, e derroga a Lei 8/93; a súa disposición transitoria segunda declara a súa continuidade mentres non se diten as normas de desenvolvemento do citado canon da auga. Estas normas de desenvolvemento foron aprobadas e publicadas no DOG. En concreto, o Decreto 136/2012, do 31 de maio, polo que se aproba o Regulamento do canon da auga e do coeficiente de vertedura a sistemas públicos de depuración de augas residuais, que entrou en vigor o 1 de xullo de 2012, facéndose efectiva desde esa data a derogación do canon de saneamento.

O canon da auga é un tributo propio da Comunidade Autónoma de Galicia con natureza de imposto de carácter real e indirecto e de finalidade extrafiscal que grava o uso e consumo da auga no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia, a causa da afección ao medio que a súa utilización puiden producir.

Como xa se dixo, ademais de impostos, as comunidades autónomas poden establecer as súas propias taxas e contribucións especiais.

De acordo coa LXT (artigo 2.2), as **contribucións especiais** “*son os tributos cuxo feito imponible consiste na obtención polo obrigado tributario dun beneficio ou dun aumento de valor dos seus bens como consecuencia da realización de obras públicas ou do*

establecemento ou ampliación de servizos públicos”.

Aínda que, en principio, as contribucións especiais poden formar parte dos tributos estatais ou autonómicos (o artigo 8 da LOFCA admite a posibilidade do seu establecemento polas CC.AA. en supostos iguais aos formulados pola LXT), de feito, no noso actual sistema só teñen unha aplicación efectiva significativa na esfera das facendas locais.

No ámbito autonómico, prevíronse contribucións especiais para custear a construción ou melloras das estradas que discorran no territorio, algunhas CC.AA. como Canarias, Cataluña, Extremadura ou Galicia.

De acordo co artigo 32 da Lei 8/2013, do 28 de xuño, de estradas de Galicia, *poderán impoñerse contribucións especiais cando da execución das obras que se realicen para a construción de estradas, vías de servizo ou accesos resulte a obtención por persoas físicas e xurídicas dun beneficio especial, aínda que este non se poida fixar nunha cantidade concreta. O aumento do valor de determinados predios por mor da execución das obras terá para estes efectos a consideración de beneficio especial.*

Serán suxeitos pasivos destas contribucións especiais aqueles que se benefician de modo directo coas estradas ou accesos que se executen e, especialmente, as persoas titulares dos predios e establecementos contiguos e as das urbanizacións que resulten melloradas na súa comunicación.

As contribucións especiais devindicaranse no momento da recepción das obras ou, no seu defecto, no da súa posta en servizo.

2. AS TAXAS: NATUREZA; NORMAS BÁSICAS DO SEU RÉXIME XURÍDICO; PRINCIPAIS SUPOSTOS

2.1 Natureza

No dereito español, tradicionalmente, o imposto, xunto coa taxa e contribución especial, constitúe unha das tres grandes especies en que se dividiu a categoría de tributo. Esta é a clasificación acollida pola propia Constitución (CE), no seu artigo 157.1.b, e pola Lei xeral tributaria (LXT), no seu artigo 2.2, calquera que sexa a denominación que se lle dea ao tributo na súa norma de creación.

Segundo o artigo 2.2 da LXT, as **taxas** *“son os tributos cuxo feito impoñible consiste na utilización privativa ou no aproveitamento especial do dominio público, na prestación de servizos ou na realización de actividades en réxime de dereito público que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular o obrigado tributario, cando os servizos ou actividades non sexan de solicitude ou recepción voluntaria para os obrigados tributarios ou non as preste ou realice o sector privado”*.

Basicamente, a taxa diferénciase do imposto en que hai sempre unha actividade administrativa, e da contribución especial, polo feito de que, existindo en ambos os casos unha actividade administrativa, na contribución especial a dita actividade está basicamente encamiñada á satisfacción dun interese xeral –sen prexuízo de que, ao mesmo tempo, produza beneficio especial a determinadas persoas, obrigadas a satisfacela-, mentres que na taxa a actividade administrativa está substancialmente motivada polo particular –por iniciativa súa- e persegue a solución de problemas individuais, mesmo cando non poida esquecer tampouco o interese xeral.

O réxime legal das taxas, en calquera dos seus ámbitos, estatal, autonómico e local, é sempre obxecto de análise conxunta coa dos prezos públicos, posto que estamos ante dúas materias que se complementan entre si. En ambos os dous casos pártese dun mesmo suposto de feito: un ente público entrega directamente a un individuo certos bens ou presta certos servizos polos cales obtén a cambio un ingreso. En ambos os dous casos estaremos ante ingresos públicos, pero mentres que no prezo a relación que se establece é contractual e voluntaria para quen o paga, na taxa aparece a nota de coactividade propia de todo tributo e, consecuentemente, as exixencias propias do principio constitucional de legalidade para a súa creación e aplicación.

As modificacións levadas a cabo no réxime de taxas e prezos públicos foron, precisamente, motivadas polo cambio no concepto de voluntariedade ou coacción. Efectivamente a distinción entre as figuras das taxas e dos prezos públicos non estivo exenta de controversia, e destaca a que xorde arredor do concepto que de ambas recollía a Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos, revisado polo Tribunal Constitucional (TC) na súa Sentenza 185/1995, onde examina o principio de reserva de lei en materia tributaria establecido no artigo 31.3 da CE, en virtude do cal só se poderán establecer

prestacións persoais ou patrimoniais de carácter público consonte a lei.

Para isto, en primeiro lugar, trata de definir o que se debe entender por prestación patrimonial de carácter público, expresión máis ampla e xenérica que a de tributos, coa cal non debemos confundir. Así, o concepto de prestación patrimonial de carácter público deberase construír sobre a base do que vén significar a reserva de lei do 31.3 da CE. A reserva de lei configúrase historicamente como unha garantía da autoimposición e, en último termo, como unha garantía da liberdade patrimonial e persoal do cidadán (lei como expresión da vontade popular). Sostén o TC que é a coactividade a nota distintiva fundamental do concepto de prestación patrimonial de carácter público, centrando o problema en precisar cando se pode considerar que unha prestación patrimonial resulta coactivamente imposta, concluíndo que non sucederá sempre que:

- a) O suposto de feito que dá lugar á obriga (feito impoñible) fose realizado de forma **libre e espontánea** polo suxeito obrigado e que na orixe da constitución da obriga concorrese tamén a súa libre vontade.
- b) Que a dita liberdade ou espontaneidade sexa **real e efectiva**, e isto será así non só cando a realización do suposto de feito ou a constitución da obriga non sexa obligatoria, senón que, ademais, é exixible que o ben, actividade ou servizo requirido non sexa obxectivamente indispensable para poder satisfacer as necesidades básicas da vida persoal ou social dos particulares de acordo coas circunstancias sociais de cada momento e lugar.
- c) Que non exista **monopolio** de dereito nin de feito.

Cando falle algunha destas tres condicións estaremos ante unha prestación patrimonial de carácter público que deberá ser establecida, por tanto, mediante lei.

O pronunciamento do TC obrigou a reordenar as prestacións patrimoniais de dereito público, adaptando a lexislación estatal, tanto a específica como a aplicable a facendas locais e ás CC.AA., e introducindo un concepto de taxa e de prezo público acorde coa STC 185/1995.

Así, a Lei 25/1998, do 13 de xullo, de modificación do réxime legal das taxas estatais e locais e de reordenación das prestacións patrimoniais de carácter público, modificou a Lei

39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais, e a Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos. Está última contén a normativa básica en materia de taxas estatais e ten carácter supletorio da lexislación sobre prezos públicos que establezan as CC.AA. e facendas locais.

Pola súa parte, a Lei orgánica 3/1996 modifica o artigo 7 da LOFCA, onde se concretan os límites para o establecemento de taxas polas CC.AA. e se definen estas. Así, as CC.AA. poderán establecer taxas pola utilización do seu dominio público, así como pola prestación de servizos públicos ou a realización de actividades en réxime de dereito público da súa competencia, que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular os suxeitos pasivos cando concorra **calquera** das circunstancias seguintes:

- a. Que non sexan de solicitude voluntaria para os administrados. Para estes efectos, non se considerará voluntaria a solicitude por parte dos administrados, cando veña imposta por disposicións legais ou regulamentarias ou cando os bens, servizos ou actividades requiridos sexan imprescindibles para a vida privada ou social do solicitante.
- b. Que non os preste ou realice o sector privado, estea ou non establecida a súa reserva a favor do sector público conforme a normativa vixente.

Ademais, no mesmo artigo sinálase que cando o Estado ou as CC.LL. transfiran ás CC.AA. bens de dominio público para cuxa utilización estean establecidas taxas ou competencias en cuxa execución ou desenvolvemento presten servizos ou realicen actividades igualmente gravadas con taxas, aquelas e estas consideraranse como tributos propios das respectivas comunidades.

Esta modificación da LOFCA obriga, pola súa vez, a todas as CC.AA. a adaptar a súa normativa específica de taxas e prezos públicos, de acordo co artigo 133.2 da CE.

No ámbito da **Comunidade Autónoma de Galicia**, a regulación relativa a taxas e prezos está recollida na Lei 6/2003, do 9 de decembro, de taxas, prezos e exaccións reguladoras da Comunidade Autónoma de Galicia (LTPPG), desenvolvida polo Decreto 61/2005, do 7 de abril, polo que se ditan as normas para a aplicación das taxas e prezos da Comunidade Autónoma de Galicia. Así mesmo, serán de aplicación o TRLRFOG e, con carácter supletorio, a LXT e as súas disposicións de desenvolvemento.

A LTPPG regula os aspectos financeiros da actividade da Administración pública da Comunidade Autónoma de Galicia en canto a dita actividade pretenda determinar ou influír no consumo ou consista na entrega de certos bens ou na prestación de certos servizos, en ambos os casos individualizables. Isto é, cando exista unha demanda definida deste, tanto se é de carácter voluntario como se ten a súa orixe nunha obriga legal.

Para estes efectos, a lei establece dous tipos de instrumentos:

a) Os **instrumentos financeiros**, que son as contraprestacións percibidas como consecuencia da subministración ou utilización de bens ou da prestación de servizos demandados polos suxeitos pasivos ou obrigados ao pagamento, cuxa finalidade é financiar o custo dos ditos servizos. Son instrumentos de tipo financeiro as **taxas, os prezos públicos e os prezos privados**.

b) Os **instrumentos reguladores**, que son os medios utilizables para alterar as contraprestacións exixidas por aqueles bens ou servizos ofrecidos polos suxeitos activos. Son instrumentos reguladores as **exaccións ou**, se é o caso, as **subvencións** utilizadas co obxecto de influír sobre o consumo de determinados bens ou servizos. A aplicación dunha exacción reguladora determinará unha tarifa para o consumidor ou usuario superior ao importe normalmente percibido pola institución ou entidade oferente do ben ou servizo de que se trate. Polo contrario, a utilización dunha subvención reguladora permitirá aplicar aos consumidores prezos ou tarifas inferiores ao custo de produción dos bens ou servizos.

Da LTPPG pódense destacar os seguintes principios xerais:

1º OBRIGATORIEDADE DE ESTABLECEMENTO: de acordo co artigo 4.3 da LTPPG, é obrigatorio establecer os instrumentos financeiros correspondentes cando se entreguen bens, se presten servizos ou se realicen actividades conforme as normas da dita lei.

2º PRINCIPIO DE NON AFECTACIÓN: os ingresos derivados dos instrumentos relacionados estarán destinados a satisfacer o conxunto das súas obrigas respectivas. Excepcionalmente poderase establecer a súa afectación a fins determinados por medio de lei (artigo 4.1).

3º PRINCIPIO DE UNIDADE: o rendemento proveniente deles deberase aplicar integramente ao orzamento de ingresos que corresponda; o seu ingreso deberase realizar

nas caixas do Tesouro da Facenda galega ou nas contas autorizadas pola consellería competente en materia de facenda (artigo 4.2).

4º OBRIGATORIEDADE DE MEMORIA ECONÓMICA E INFORME FAVORABLE DA CONSELLERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE FACENDA.

Trátase dun requisito necesario no expediente, baixo pena de nulidade do instrumento financeiro creado. Todo proxecto de creación dunha entidade ou mesmo de oferta dun novo ben ou servizo, independentemente doutros requisitos, deberá ir acompañado dunha memoria económica elaborada pola consellería correspondente en que se deberá valorar a conveniencia do proxecto e propoñer os instrumentos financeiros que sexan de aplicación e que conterá información suficiente respecto ao custo de prestación dos bens ou servizos e a política de ingresos proposta. Esta memoria deberá ser sometida a informe da consellería competente en materia de facenda. En concreto, constitúe un requisito legal o informe favorable desta consellería cando se trata de prezos públicos ou privados, ao se establecer por medio de decreto ou orde, respectivamente. No suposto das taxas, ao rexer o principio de reserva de lei, a iniciativa legislativa correspóndelle a consellería competente en materia de facenda.

5º PRINCIPIO DE RESPONSABILIDADE: as autoridades, funcionarios públicos, axentes ou asimilados que, de forma voluntaria e culpable, exixan indebidamente unha taxa ou prezo ou o fagan en contía superior á establecida incorrerán en falta disciplinaria moi grave, sen prexuízo das responsabilidades doutra orde que poidan derivar da súa actuación. Cando adopten na mesma forma resolucións ou realicen actos que infrinxan a presente lei ou as súas normas regulamentarias de desenvolvemento, estarán obrigados, ademais, a indemnizar á Facenda pública polos prexuízos causados (artigo 5).

2.2 Normas básicas do seu réxime xurídico

A sección 1ª do capítulo I do título II da LTPPG recolle o concepto e as **disposicións xerais** aplicables aos diferentes tipos de **taxas**.

O artigo 7 da LTPPG define as **taxas** da Comunidade Autónoma de Galicia como os tributos creados por lei ou transferidos polas súas corporacións locais ou o Estado no marco da transferencia de servizos e competencias a esta, cuxo feito imponible consiste

na utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia ou na entrega de bens, prestación de servizos ou realización de actividades en réxime de dereito público, que se refiran, afecten ou beneficien de modo particular o suxeito pasivo, sempre e cando se produza calquera das circunstancias recollidas no artigo 7 da LOFCA antes sinalado, posto que se reproduce o seu contido.

O establecemento de **taxas** e a regulación dos seus elementos esenciais débense facer mediante norma con rango de lei do Parlamento de Galicia (**principio de reserva de lei** –artigo 9-). Son elementos esenciais das taxas: o feito imponible, o suxeito pasivo, a base imponible, a cota tributaria e a devindicación. Así mesmo, a lei regulará o establecemento, supresión e prórroga de exencións e bonificacións.

O principio de reserva de lei contido na LTPPG recolle a denominada “reserva relativa”, é dicir, que admite a colaboración do regulamento no establecemento de tarifas baixo determinadas condicións ao sinalar que: *“a cota tributaria poderá ser fixada regulamentariamente cando así estea establecido en norma de rango legal e sempre dentro dos límites dispostos por ela”* (exemplo: taxa de utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público).

A diferenza das taxas, o **instrumento xurídico** necesario para os restantes instrumentos financeiros é o seguinte: os **prezos públicos** establécense mediante decreto da Xunta de Galicia por proposta da consellería de que dependa o servizo xestor (artigo 47) e os **prezos privados** fíxanse mediante orde da consellería de que dependa o órgano xestor (artigo 51).

Ademais deste principio de legalidade ou reserva de lei, a norma galega establece o **principio de equivalencia** e o de capacidade económica. De acordo co primeiro (artigo 11), o rendemento total previsible da **taxa** non poderá exceder, no seu conxunto, o custo total de produción do ben, servizo ou actividade prestado. Segundo o **principio de capacidade económica** (artigo 10), en canto as características da **taxa** o permitan, terase en conta, para a fixación da cota tributaria das taxas, a capacidade económica do suxeito pasivo, en especial cando se establezan consumos ou impoñan actividades susceptibles de afectar a todos os cidadáns.

Reflexo dos principios anteriores é a regulación relativa á **cota tributaria** das **taxas** (artigo 15). A cota pode consistir nunha cantidade fixa sinalada para o efecto, determinarse por aplicación dun tipo de gravame sobre unha base imponible ou establecerse por aplicación de ambos os dous métodos conxuntamente. Agora ben, calquera que sexa o método escollido, as cotas das taxas atenderán ao custo medio real ou previsto para a entrega do ben, prestación do servizo ou realización da actividade de que se trate, ou, no seu defecto, ao valor da prestación recibida, excepto na taxa por utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma, a cal se fixará tomando como referencia o valor de mercado correspondente ou o da utilidade derivada dela (**principio do beneficio**). Noutro caso, deberase sinalar a correspondente subvención reguladora, mediante norma con rango de lei, e informar de forma global na lei de orzamentos de cada ano, respecto das compensacións ou subvencións que poidan comportar a venda de bens, realización de actividades ou prestación de servizos (artigo 55).

Desta maneira, para a determinación das cotas tributarias das taxas por servizos administrativos, profesionais ou venda de bens, tomaranse os custos directos e indirectos, mesmo os de carácter financeiro, amortización do inmovilizado, custos de investimento e, se é o caso, os necesarios para garantir o mantemento, expansión e desenvolvemento razoable do ben, servizo ou actividade gravada pola taxa, máis unha normal rendibilidade dos recursos investidos.

Cando a utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia comporten unha destrución ou deterioración deste non previstos, o beneficiario, sen prexuízo do pagamento da cota tributaria correspondente, estará obrigado ao reintegro do custo total dos respectivos gastos de reconstrución ou reparación. Se os danos resultan irreparables, a indemnización consistirá nunha contía igual ao valor dos bens destruídos ou ao importe da deterioración dos danados.

As cotas tributarias revisaranse como mínimo cada cinco anos, segundo os rexistros de gastos e ingresos e a correspondente memoria económico-financeira sobre o custo e actividade realizada. Non obstante, a lei de orzamentos de cada ano poderá modificar ou actualizar as tarifas correspondentes ás taxas vixentes, en función das variacións do custo

económico motivadas pola flutuación dos índices dos prezos para o consumo e incrementos das retribucións do persoal, e prever a aplicación dunha taxa xa establecida a supostos concretos de venda de bens, realización de actividades ou prestación de servizos.

A LTPPG recolle expresamente (artigo 12) como suposto de non **suxeición** ás taxas o principio de confusión entre o suxeito activo e o suxeito pasivo da taxa, é dicir, cando o suxeito pasivo é a propia Administración pública galega, non se devindica a taxa. Pola súa parte, pola vía da **exención**, a LTPPG dá cumprimento ao principio de colaboración entre distintas administracións públicas, apreciado pola xurisprudencia e en virtude do cal non sería exixible a taxa, aínda que só no caso da taxa por servizos administrativos, por servizos profesionais e por utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público.

Respecto á **devindicación**, ademais das normas que a regulan para cada tipo de taxa, existen unha disposición de carácter xeral (artigo 14), que prevé a posibilidade de exixir o seu depósito previo, a posibilidade de notificación colectiva mediante anuncios no *Diario Oficial de Galicia* das liquidacións de taxas que se devindiquen periodicamente, unha vez notificada a liquidación correspondente á alta no respectivo rexistro, padrón ou matrícula, e a prohibición de realizar a actuación ou tramitar o expediente iniciado coa solicitude do interesado sen que se efectúe o pagamento da taxa correspondente. É máis, os suxeitos activos denegarán a utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia, a entrega do ben, prestación do servizo ou realización da actividade cando o suxeito pasivo incumpra o pagamento.

Con carácter xeral, son **suxeitos pasivos** das taxas, a título de contribuíntes, as persoas físicas ou xurídicas que soliciten, provoquen ou ás cales se lles preste calquera das actuacións, servizos ou bens que constitúen o feito imponible. Así mesmo, terán a consideración de suxeitos pasivos as herdanzas xacentes, as comunidades de bens e as demais entidades que, carecendo de personalidade xurídica, constitúen unha unidade económica ou un patrimonio separado susceptible de tributación.

Finalmente, en canto ás **reclamacións e recursos**, o artigo 19 establece que:

1. Os actos de xestión das taxas da Comunidade Autónoma serán obxecto de recurso de reposición con carácter potestativo perante o órgano que ditou o acto.

2. *Contra a resolución do recurso de reposición ou contra os actos de xestión, se non se interpuxo aquel, poderase presentar recurso perante a Xunta Superior de Facenda, cuxas resolucións esgotan a vía económico-administrativa.*

2.3 Principais supostos

A lei galega establece as taxas seguintes (artigo 13):

a) A taxa por servizos administrativos (artigos 21 a 25)

Constitúe o seu feito **impoñible** a prestación de calquera servizo administrativo que se refira, afecte ou beneficie dun modo particular os suxeitos pasivos, en cada unha das modalidades seguintes:

a.1) Modalidade de autorizacións: pola concesión de autorizacións, permisos, licenzas, guías, expedición de títulos, dilixenciado de libros e, en xeral, documentos que faculten o suxeito pasivo para realizar unha actividade sometida legalmente á dita condición previa.

a.2) Modalidade de rexistro: pola inscrición en rexistros, matrículas ou relacións mantidas pola Administración en canto resulte obrigado para o desenvolvemento dunha actividade ou exercicio dun dereito por parte do suxeito pasivo.

a.3) Modalidade de certificacións: pola verificación de documentos, expedición de certificacións, copia de arquivos e elaboración de documentos acreditativos de información que conste en arquivos ou rexistros públicos.

Non se exixirá (non suxeición) esta taxa en caso de compulsas ou cotexos de documentos que se deban xuntar a solicitudes, escritos ou comunicacións presentados polo cidadán e realizados no ámbito de actuación dos rexistros segundo o disposto no artigo 38.5 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Así mesmo, o artigo 23 da LTPPG establece unha serie de **exencións**, como a expedición de certificados relativos á situación fiscal, e unha **bonificación** do 50% na inscrición nas convocatorias para a selección de persoal da Comunidade Autónoma, solicitada por persoas que sexan membros de familias numerosas de categoría xeral ou por persoas que figurasen como demandantes de emprego desde, polo menos, seis meses antes á data da convocatoria de probas selectivas de persoal en que soliciten a súa participación e non

estean percibindo prestación ou subsidio por desemprego.

A taxa **devindicarase** no momento en que se presente a solicitude para a prestación dos ditos servizos administrativos.

Entre as taxas por servizos administrativos podemos destacar, pola súa importancia recadatoria, as exixidas pola inscrición nas convocatorias para a selección de persoal da Comunidade Autónoma (inscrición en oposicións e en listas para a cobertura con carácter temporal de postos de traballo), pola expedición de títulos académicos ou por licenzas de caza e pesca.

b) A taxa por servizos profesionais (artigo 26 a 32)

A diferenciación entre servizos administrativos e servizos profesionais aséntase na necesidade de intervención de profesionais (veterinarios, arquitectos, enxeñeiros agrónomos, de minas, forestais, etc.) ao servizo da Administración no segundo tipo de servizos.

Constitúe o seu feito **impoñible** a prestación dos servizos que se refiran, afecten ou beneficien dun modo particular os suxeitos pasivos, logo de solicitude destes, en cada unha das seguintes modalidades:

b.1) Modalidade de actuacións administrativo-facultativas: servizos administrativos, análogos aos sometidos á taxa por servizos administrativos, cando a súa prestación requira que se leve a cabo baixo a dirección dun profesional facultativo.

b.2) Modalidade de actuacións profesionais: servizos de asesoramento, consulta, dirección técnica de obras, emisión de informes, análises, ditames ou opinións profesionais e, en xeral, actividades que exixen a cualificación que ten o profesional que as presta.

A taxa **devindicarase**, como regra xeral, cando se inicie a prestación do servizo.

Entre as taxas por **servizos profesionais** podemos destacar, pola súa importancia recadatoria, na modalidade administrativo-facultativas, as exixidas por inspeccións e controis sanitarios oficiais e control e investigación de residuos de carnes frescas e carnes de coello e caza, por transporte ou por servizos facultativos veterinarios, e na modalidade de actuacións profesionais, as exixidas pola dirección e inspección de obras realizadas, por anuncios no *Diario Oficial de Galicia*, por tarifas portuarias, por actuacións de industria e

enerxía ou por actuacións de vehículos.

c) A taxa por venda de bens (artigos 33 a 37)

Constitúe o seu feito **impoñible** a entrega dos bens solicitados. En caso de que a subministración do ben consista en entregas parciais, o feito impoñible entenderase realizado en cada unha delas.

A taxa **devindicarase** no momento da entrega do ben. En caso de que a entrega do ben se realice de maneira periódica como consecuencia da realización dunha subscrición polo suxeito pasivo, a taxa devindicarase no momento en que se realice a dita subscrición.

Entre as taxas por venda de bens podemos destacar as exixidas por venda ou subscrición do *Diario Oficial de Galicia* e venda de libros oficiais de mantemento obrigatorio.

d) A taxa por utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia

Constitúe o seu feito **impoñible** a utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público da Comunidade Autónoma de Galicia en virtude de permisos de ocupación temporal, concesións administrativas ou calquera outra autorización.

O artigo 39 da LTPPG establece unha presunción *iuris tantum* en virtude da cal, e salvo proba en contrario, o feito impoñible é realizado pola persoa ou entidade que figure como titular do correspondente título habilitante da utilización privativa, da ocupación ou do aproveitamento especial do dominio público. De se destruír esta presunción, o titular do título habilitante non terá a consideración de suxeito pasivo senón de responsable solidario.

Con carácter xeral, a taxa **devindícase** no momento da notificación do outorgamento do permiso de ocupación temporal, da concesión administrativa ou de calquera outra autorización, respecto ao ano en curso e o 1 de xaneiro nos sucesivos.

Entre as taxas por servizos de utilización privativa, ocupación ou aproveitamento especial do dominio público podemos destacar, pola súa importancia recadatoria, as exixidas pola ocupación de terreos ou utilización de bens de dominio público portuario.

Por último, hai que salientar que a LTPPG (artigo 13) prevé a posible **concorrenza de**

taxas ou entre estas e prezos públicos ou privados, establecéndose expresamente a inexistencia de duplicidade impositiva ou dobre imposición, de modo que, cando as actuacións solicitadas ou que se realicen acerca dun mesmo suxeito pasivo comporten a devindicación de diferentes taxas, se deberán aplicar todas as taxas e modalidades que correspondan. De igual forma, a aplicación dunha taxa que autorice ou permita unha actividade ao suxeito pasivo exixirase sen prexuízo da exixencia do prezo público ou privado que, se é o caso, poida implicar o exercicio efectivo da actividade autorizada.

e) Especial referencia ao coeficiente de vertedura da Lei de augas de Galicia

Esta taxa, pola súa estreita relación co canon de auga, foi creada pola Lei de augas de Galicia, e é a única taxa da CAG que actualmente non figura na Lei 6/2003, aínda que o seu réxime xurídico establece que lle son aplicables a Lei 6/2003 e a súa normativa de desenvolvemento.

O produto do coeficiente de vertedura será destinado ao financiamento dos gastos de explotación e, se é o caso, de investimento das infraestruturas de depuración que xestione a Administración hidráulica de Galicia.

De acordo co artigo 41.2 da lei, o coeficiente de vertedura é incompatible cos tributos municipais destinados a sufragar o servizo de depuración de augas residuais, e é compatible con aqueles destinados a sufragar o servizo de rede de sumidoiros.

Constitúe o seu feito impoñible a prestación do servizo de depuración das augas residuais urbanas efectuado pola Administración hidráulica de Galicia, por si ou mediante calquera das formas previstas na lexislación administrativa para a xestión do servizo público.

O coeficiente de vertedura creado no presente capítulo será tamén percibido por aqueles consorcios en que participe a Administración hidráulica de Galicia cando xestionen depuradoras de augas residuais urbanas, salvo que o órgano reitor do consorcio estableza unha taxa propia destinada a sufragar os custos de depuración.

3. OS PREZOS PÚBLICOS

A LTPPG establece unha distinción entre prezos públicos e privados. O seu artigo 43 define os **prezos públicos** como contraprestacións pecuniarias percibidas pola prestación de servizos ou realización de actividades efectuadas en réxime de dereito público cando,

prestando tamén tales servizos ou actividades o sector privado, sexan de solicitude voluntaria por parte dos administrados; para estes efectos, enténdese que os servizos sociais, sanitarios e educativos se prestan en réxime de dereito público.

A diferenza das taxas, nos prezos públicos non rexen os **principios de reserva de lei e de capacidade económica** previstos na CE para os tributos, senón que no caso de prezos públicos –que non son tributos– serán fixados por decreto, por proposta da consellería de que dependa o órgano ou entidade oferente, que incluírá a memoria económica descrita máis arriba, e será requirido o informe favorable da consellería competente en materia de facenda.

Os prezos públicos fixaranse na **contía** que cubra como mínimo os custos económicos derivados do servizo ou das actividades prestadas. Cando existan razóns de interese público que o xustifiquen, poderanse fixar en contía inferior ao custo (*subvención reguladora*), logo de adoptar as previsións orzamentarias precisas para cubrir a parte do custo subvencionado. Os ingresos derivados de prezos públicos estarán sometidos ao réxime orzamentario da entidade perceptora.

Estarán **obrigados ao pagamento** dos prezos públicos aqueles que, en cada caso, determine a norma que os estableza.

Os prezos públicos poderanse exixir desde que se efectúe a entrega dos bens ou se inicie a prestación dos servizos que xustifican a súa exixencia, sen prexuízo de que se poida exixir a anticipación ou depósito previo do seu importe total ou parcial na forma que se determine regulamentariamente.

O **pagamento** dos prezos públicos realizarase en efectivo ou mediante emprego de efectos timbrados ou outros instrumentos de pagamento que autorice a consellería competente en materia de facenda.

Por último, o artigo 50 da lei galega define os **prezos privados** como contraprestacións pola prestación de servizos ou a realización de actividades efectuadas en réxime de dereito privado cando, prestados tamén tales servizos ou actividades polo sector privado, sexan de solicitude voluntaria por parte dos administrados.

Os prezos privados serán fixados por orde da consellería correspondente, logo do informe

favorable da consellería competente en materia de facenda, atendendo ás condicións e circunstancias do mercado en que operen, sen prexuízo de que excepcionalmente se poidan aplicar subvencións reguladoras para establecer un prezo inferior ou mesmo a gratuidade do servizo. Para estes efectos, a consellería correspondente remitirá á competente en materia de facenda o proxecto normativo adxunto á memoria económica en que se xustifiquen os aspectos anteriores. A norma que fixe estes prezos deberá ser publicada no *Diario Oficial de Galicia*.

4. BIBLIOGRAFÍA

- LAGO MONTERO, J.M., *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi. Pamplona.
- MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. E CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. Madrid.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., MARTÍN FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *Curso de derecho tributario*. Parte especial. Marcial Pons. Madrid.

•

CARLOS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO

Letrada da Xunta de Galicia

TEMA 1

**SEGURIDADE E HIXIENE NO TRABALLO. A LEI
DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS.
ACTUACIÓNS DAS ADMINISTRACIÓNS
PÚBLICAS: COMPETENCIAS. DEREITOS E
OBRIGAS DOS TRABALLADORES E
EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN.
OS SERVIZOS DE PREVENCIÓN DE RISCOS.
PARTICIPACIÓN DOS TRABALLADORES**

TEMA 1. SEGURIDADE E HIXIENE NO TRABALLO. A LEI DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS. ACTUACIÓNS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS: COMPETENCIAS. DEREITOS E OBRIGAS DOS TRABALLADORES E EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN. OS SERVIZOS DE PREVENCIÓN DE RISCOS. PARTICIPACIÓN DOS TRABALLADORES

1. Seguridade e hixiene no traballo

O artigo 40.2 da Constitución española encoméndalles aos poderes públicos, como un dos principios reitores da política social e económica, *velar pola seguridade e hixiene no traballo*.

É necesario, non obstante, lembrar que o propio termo "seguridade e hixiene no traballo" deriva directamente da idea de risco laboral, baseada á súa vez na consideración específica do accidente laboral. Este supón xa *ex ante* a seguinte valoración: que a realización dunha actividade laboral pode eventualmente concretarse ou materializarse na posibilidade de sufrir tanto unha enfermidade como un accidente que sexan consecuencia directa da realización ou desenvolvemento da actividade laboral de referencia. Aínda que a valoración do denominado risco laboral implica unha actividade que necesariamente ha de desenvolverse de xeito individualizado en cada caso, tamén é certo que tal actividade debe integrar unha dobre perspectiva que resulta complementaria, isto é, conxúgase a prevención e a reparación do dano sufrido.

Na lexislación vixente, que posteriormente será obxecto de estudo, xa se evidencia este tratamento, pero con anterioridade tratábanse separadamente. Así resulta dun superficial estudo dos antecedentes lexislativos nesta materia:

- Lei de seguro de accidentes de traballo, do 30 de xaneiro de 1900. Regulaba un seguro inicialmente non obrigatorio que viña substituír a responsabilidade do empresario.
- Catálogo de mecanismos preventivos de accidentes de traballo.
- Regulamento xeral de seguridade aprobado pola Orde do 31 de xaneiro de 1940, que afirmaba que o seu obxecto era: protexer o traballador contra os riscos propios da súa profesión que poñen en perigo a súa saúde e a súa vida.

- Ordenanza xeral de seguridade e hixiene no traballo, aprobada pola Orde do 9 de marzo de 1971.
- Lei xeral da Seguridade Social aprobada polo RD 2065/1974, do 30 de abril.
- Lei xeral de sanidade, que acuña o termo "saúde laboral", desenvolvido no artigo 26.

O mandato constitucional precitado leva consigo a necesidade de desenvolver unha política de protección da saúde dos traballadores mediante a prevención dos riscos derivados do seu traballo.

Por outro lado, o artigo 4.2 d. do Estatuto dos traballadores (en diante ET) *establece o dereito destes á súa integridade física e a unha axeitada política de seguridade e hixiene.*

A existencia duns instrumentos normativos claramente obsoletos, por un lado, e as normas de orixe internacional que vinculan o noso país, por outro, singularmente o Convenio 155 da OIT e a Directiva 89/391 do Consello, motivaron unha ampla reforma do vello sistema de seguridade e hixiene no traballo e a instauración dun modelo novo a partir da Lei 31/1995 de prevención de riscos laborais.

2. A Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais

A LPRL ten por obxecto a determinación do corpo básico de garantías e responsabilidades preciso para establecer un axeitado nivel de protección da saúde dos traballadores fronte aos riscos derivados das condicións de traballo, e iso no marco dunha política coherente, coordinada e eficaz de prevención dos riscos laborais. A lei divídese en 7 capítulos:

1. Capítulo I. Obxecto, ámbito de aplicación e definicións (arts. 1 a 4)

O ámbito de aplicación da lei inclúe:

- 1) Os traballadores vinculados por unha relación laboral en sentido estrito.
- 2) O persoal civil con relación de carácter administrativo ou estatutario ao servizo das administracións públicas, sen máis exclusións que as correspondentes a determinadas actividades de policía, seguridade e protección civil cuxas particularidades impidan a aplicación da lei, a cal inspirará, non obstante, a normativa específica que se dite para salvagardar a seguridade e a saúde dos traballadores nas devanditas actividades.

3) En sentido similar, a lei prevé a súa adaptación ás características propias dos centros e establecementos militares e dos establecementos penitenciarios.

4) A lei aplícase así mesmo aos socios traballadores ou de traballo dos distintos tipos de cooperativas.

2. Capítulo II. Política en materia de prevención de riscos (arts. 5 a 13)

A política en materia de prevención de riscos laborais, como conxunto de actuacións dos poderes públicos dirixidas á promoción da mellora das condicións de traballo para elevar o nivel de protección da saúde e a seguridade dos traballadores, artículase na lei baseándose nos principios de eficacia, coordinación e participación, e ordena tanto a actuación das diversas administracións públicas con competencias en materia preventiva como a necesaria participación na dita actuación de empresarios e traballadores, a través das súas organizacións representativas. Neste contexto, a Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo que se crea configúrase como un instrumento privilexiado de participación na formulación e desenvolvemento da política en materia preventiva.

3. O capítulo III da lei (arts. 14 a 29) regula o conxunto de dereitos e obrigas derivados ou correlativos do dereito básico dos traballadores á súa protección, así como, de xeito máis específico:

- as actuacións que cómpre desenvolver en situacións de emerxencia ou en caso de risco grave e inminente,
- as garantías e dereitos relacionados coa vixilancia da saúde dos traballadores, e
- as medidas particulares que cómpre adoptar en relación con categorías específicas de traballadores, tales como os mozos, as traballadoras embarazadas ou que deron a luz recentemente e os traballadores suxeitos a relacións laborais de carácter temporal.

Entre as obrigas empresariais que establece a lei, ademais das que implicitamente leva consigo a garantía dos dereitos recoñecidos ao traballador, cabe resaltar o deber de coordinación que se lles impón aos empresarios que desenvolvan as súas actividades nun mesmo centro de traballo, así como o daqueles que contraten ou subcontraten con outros a realización nos seus propios centros de traballo de obras ou servizos correspondentes á

súa actividade de vixiar o cumprimento por eses contratistas e subcontratistas da normativa de prevención.

4. Instrumento fundamental da acción preventiva na empresa é a obriga regulada no capítulo IV (arts. 30 a 32) de estruturar esa acción a través da actuación dun ou varios traballadores da empresa especificamente designados para iso, da constitución dun servizo de prevención ou do recurso a un servizo de prevención alleo á empresa.

5. O capítulo V (arts. 33 a 40) regula, de forma detallada, os dereitos de consulta e participación dos traballadores en relación coas cuestións que afectan á seguridade e saúde no traballo.

6). O capítulo VI (art. 41) establece as obrigas básicas que afectan aos fabricantes, importadores e subministradores de maquinaria, equipos, produtos e útiles de traballo, que enlazan coa normativa comunitaria de mercado interior ditada para asegurar a exclusiva comercialización daqueles produtos e equipos que ofrezan os maiores niveis de seguridade para os usuarios.

7. A lei aborda no capítulo VII (arts. 42 a 54) a regulación das responsabilidades e sancións que deben garantir o seu cumprimento, e inclúe a tipificación das infraccións e o réxime sancionador correspondente.

Ademais da Lei 31/1995, resulta obrigada a referencia á súa normativa de desenvolvemento. Entre todas destacan:

- Instrución do 26 de febreiro de 1996, que é de aplicación xeral ao persoal da Administración civil do Estado e dos seus organismos autónomos, ao da Administración da Seguridade Social e ao dos entes públicos representados na mesa xeral de negociación. A instrución trata dos servizos de prevención, da consulta e participación, do comité de seguridade e saúde (que é definido como órgano colexiado e paritario de participación destinado á proposta e consulta regular de plans, programas e avaliación de prevención nos organismos públicos), dos delegados de prevención e da comisión paritaria de saúde laboral e acción social (encargada do cumprimento e seguimento da instrución).
- Real decreto 1879/1996, do 2 de agosto, relativo á comisión nacional de seguridade

e saúde no traballo creada polo artigo 13.1 da Lei 31/1995.

- Real decreto 39/1997, do 17 de xaneiro, que desenvolve os artigos 30 a 32 da Lei 31/1995. Desenvolve tamén a súa DT 2ª e completa o A. 6.1.e) e d). Cómpre destacar que toma como nova óptica da prevención a súa planificación partindo da avaliación inicial daqueles riscos inherentes ao traballo e a conseguinte adopción das medidas axeitadas á específica natureza dos riscos detectados.
- Real decreto 486/1997, do 14 de abril, que establece no capítulo II as obrigas do empresario e nos seus seis anexos previsións que desenvolven as obrigas citadas.
- Real decreto 487/1997, do 14 de abril, que desenvolve diversas prescricións en materia de manipulación manual de cargas que entrañen riscos, en particular dorsolumbares.
- Real decreto 485/1997, do 14 de abril, que establece as disposicións mínimas en materia de sinalización de seguridade e saúde no traballo.
- Real decreto 665/1997, do 12 de maio, sobre protección dos traballadores contra os riscos relacionados coa exposición a axentes canceríxenos durante o traballo.
- Real decreto 664/1997, do 12 maio, que desenvolve en materia de protección dos traballadores contra riscos relacionados con exposición a axentes biolóxicos durante o traballo.
- Lei 50/1998, do 30 de decembro, que reforma diversos apartados do artigo 36.
- Real decreto 216/1999, do 5 de febreiro, de desenvolvemento do artigo 28.
- Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 agosto, que derroga distintos preceptos.
- Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma.
- Lei 25/2009, do 22 de decembro, que engade diversos apartados.
- Lei 32/2010, do 5 de agosto, de protección de traballadores autónomos, que modifica o artigo 32.
- Lei 14/2013, do 27 de setembro, de emprendedores, que modifica o apartado 5 do artigo 30 e engade unha nova disposición adicional (D. A. 17).
- Lei 35/2014, do 26 de decembro, que modifica o artigo 32.

II. Actuacións das administracións públicas: competencias

A lei afirma no seu artigo 7 que, *en cumprimento do disposto nesta lei, as administracións públicas competentes en materia laboral desenvolverán funcións de promoción da prevención, asesoramento técnico, vixilancia e control do cumprimento polos suxeitos comprendidos no seu ámbito de aplicación da normativa de prevención de riscos laborais, e sancionarán as infraccións á devandita normativa, nos seguintes termos:*

- a) Promovendo a prevención e o asesoramento que deben desenvolver os órganos técnicos en materia preventiva, incluídas a asistencia e cooperación técnica, a información, divulgación, formación e investigación en materia preventiva, así como o seguimento das actuacións preventivas que se realicen nas empresas para a consecución dos obxectivos previstos nesta lei.*
- b) Velando polo cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais mediante as actuacións de vixilancia e control. Para estes efectos, prestarán o asesoramento e a asistencia técnica necesarios para o mellor cumprimento desta normativa e desenvolverán programas específicos dirixidos a lograr unha maior eficacia no control.*
- c) Sancionando o incumprimento da normativa de prevención de riscos laborais polos suxeitos comprendidos no ámbito de aplicación desta lei, conforme o previsto no capítulo VII desta.*

As funcións das administracións públicas competentes en materia laboral continuarán sendo desenvolvidas, no referente aos traballos en minas, canteiras e túneles que exixan a aplicación de técnica mineira, aos que impliquen fabricación, transporte, almacenamento, manipulación e utilización de explosivos ou o emprego de enerxía nuclear, polos órganos específicos previstos na súa normativa reguladora, sen prexuízo do establecido na lexislación específica sobre produtos e instalacións industriais.

Referencia específica exige o estudo do **Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo**, que é o órgano científico técnico especializado da Administración xeral do Estado que ten como misión a análise e estudo das condicións de seguridade e saúde no traballo, así como a promoción e apoio á súa mellora. Para iso establecerá a cooperación necesaria cos órganos das comunidades autónomas con competencias nesta materia.

O Instituto, en cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

- a) Asesoramento técnico na elaboración da normativa legal e no desenvolvemento da normalización, tanto a nivel nacional como internacional.
- b) Promoción e, se é o caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudo e divulgación en materia de prevención de riscos laborais, coa axeitada coordinación e colaboración, de ser o caso, cos órganos técnicos en materia preventiva das comunidades autónomas no exercicio das súas funcións nesta materia.
- c) Apoio técnico e colaboración coa Inspección de Traballo e Seguridade Social no cumprimento da súa función de vixilancia e control no ámbito das administracións públicas.
- d) Colaboración con organismos internacionais e desenvolvemento de programas de cooperación internacional neste ámbito, facilitando a participación das comunidades autónomas.
- e) Calquera outras que sexan necesarias para o cumprimento dos seus fins e lle sexan encomendadas no ámbito das súas competencias, de acordo coa Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo coa colaboración, se é o caso, dos órganos técnicos das comunidades autónomas con competencias na materia.

O Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo, no marco das súas funcións, velará pola coordinación, apoiará o intercambio de información e as experiencias entre as distintas administracións públicas e especialmente fomentará e prestará apoio á realización de actividades de promoción da seguridade e da saúde por parte das comunidades autónomas e prestará, de acordo coas administracións competentes, apoio técnico especializado en materia de certificación, ensaio e acreditación.

En relación coas institucións da Unión Europea, o Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo actuará como centro de referencia nacional, e garantirá a coordinación e transmisión da información que deberá facilitar a escala nacional, en particular respecto á Axencia Europea para a Seguridade e a Saúde no Traballo e a súa rede.

Ademais, o Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo exercerá a Secretaría Xeral da Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo, e prestaralle a asistencia

técnica e científica necesaria para o desenvolvemento das súas competencias.

Correspóndelle, segundo dispón o artigo 9, á Inspección de Traballo e Seguridade Social a función da vixilancia e control da normativa sobre prevención de riscos laborais.

Para o cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

- a) Vixiar o cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, así como das normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo en materia de prevención, aínda que non tivesen a cualificación directa de normativa laboral, propóndolle á autoridade laboral competente a sanción correspondente, cando comprobase unha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, de acordo co previsto no capítulo VII desta lei.
- b) Asesorar e informar as empresas e os traballadores sobre o xeito máis efectivo de cumprir as disposicións cuxa vixilancia ten encomendada.
- c) Elaborar os informes solicitados polos xulgados do Social nas demandas deducidas ante estes nos procedementos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.
- d) Informar a autoridade laboral sobre os accidentes de traballo mortais, moi graves ou graves, e sobre aqueloutros en que, polas súas características ou polos suxeitos afectados, se considere necesario o dito informe, así como sobre as enfermidades profesionais nas que concorran esas cualificacións e, en xeral, nos supostos en que aquela o solicite respecto do cumprimento da normativa legal en materia de prevención de riscos laborais.
- e) Comprobar e favorecer o cumprimento das obrigas asumidas polos servizos de prevención establecidos nesta lei.
- f) Ordenar a paralización inmediata de traballos cando, a xuízo do inspector, se advirta a existencia de risco grave e inminente para a seguridade ou saúde dos traballadores.

As administracións xeral do Estado e das comunidades autónomas adoptarán, nos seus respectivos ámbitos de competencia, as medidas necesarias para garantir a colaboración pericial e o asesoramento técnico necesarios á Inspección de Traballo e Seguridade Social que, no ámbito da Administración xeral do Estado, serán prestados polo Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo.

Estas administracións públicas elaborarán e coordinarán plans de actuación, nos seus

respectivos ámbitos competenciais e territoriais, para contribuír ao desenvolvemento das actuacións preventivas nas empresas, especialmente as de mediano e pequeno tamaño e as de sectores de actividade con maior nivel de risco ou de sinistralidade, a través de accións de asesoramento, de información, de formación e de asistencia técnica.

No exercicio de tales labores, os funcionarios públicos das citadas administracións que exerzan labores técnicos en materia de prevención de riscos laborais poderán desempeñar funcións de asesoramento, información e comprobatorias das condicións de seguridade e saúde nas empresas e centros de traballo.

As actuacións comprobatorias serán programadas pola respectiva Comisión Territorial da Inspección de Traballo e Seguridade Social. Cando das actuacións de comprobación se deduza a existencia de infracción, e sempre que mediase incumprimento de requirimento previo, o funcionario actuante remitirá informe á Inspección de Traballo e Seguridade Social, no que se recollerán os feitos comprobados, para os efectos de que se levante a correspondente acta de infracción, se así procedese.

Para estes efectos, os feitos relativos ás actuacións de comprobación das condicións materiais ou técnicas de seguridade e saúde recollidos en tales informes gozarán da presunción de certeza.

As actuacións das administracións públicas competentes en materia sanitaria regúlanse no artigo 10, que establece que as actuacións das administracións públicas competentes en materia sanitaria referentes á saúde laboral se levarán a cabo a través das accións e en relación cos aspectos sinalados no capítulo IV do título I da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, e disposicións ditadas para o seu desenvolvemento.

En particular, corresponderalles ás administracións públicas citadas:

- a) O establecemento de medios axeitados para a avaliación e control das actuacións de carácter sanitario que se realicen nas empresas por parte dos servizos de prevención actuantes. Para iso, establecerán as pautas e protocolos de actuación, oídas as sociedades científicas, aos que deberán someterse os citados servizos.
- b) A implantación de sistemas de información axeitados que permitan a elaboración, xunto coas autoridades laborais competentes, de mapas de riscos laborais, así como a

realización de estudos epidemiolóxicos para a identificación e prevención das patoloxías que poidan afectar á saúde dos traballadores, así como facer posible un rápido intercambio de información.

c) A supervisión da formación que, en materia de prevención e promoción da saúde laboral, deba recibir o persoal sanitario actuante nos servizos de prevención autorizados.

d) A elaboración e divulgación de estudos, investigacións e estatísticas relacionados coa saúde dos traballadores.

A elaboración de normas preventivas e o control do seu cumprimento, a promoción da prevención, a investigación e a vixilancia epidemiolóxica sobre riscos laborais, accidentes de traballo e enfermidades profesionais determinan a necesidade de coordinar as actuacións das administracións competentes en materia laboral, sanitaria e de industria para unha máis eficaz protección da seguridade e a saúde dos traballadores.

No marco desta coordinación, a Administración competente en materia laboral velará, en particular, para que a información obtida pola Inspección de Traballo e Seguridade Social sexa posta en coñecemento da autoridade sanitaria competente para os fins dispostos no citado artigo 10 e no artigo 21 da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade, así como da Administración competente en materia de industria para os efectos previstos na Lei 21/1992, do 16 de xullo, de industria.

O artigo 13 crea a **Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo**, como órgano colexiado asesor das administracións públicas na formulación das políticas de prevención e órgano de participación institucional en materia de seguridade e saúde no traballo.

A Comisión estará integrada por un representante de cada unha das comunidades autónomas e por igual número de membros da Administración Xeral do Estado e, paritariamente con todos os anteriores, por representantes das organizacións empresariais e sindicais máis representativas.

A Comisión coñecerá as actuacións que desenvolvan as administracións públicas competentes en materia de promoción da prevención de riscos laborais, de asesoramento técnico e de vixilancia e control a que se refiren os artigos 7, 8, 9 e 11 desta lei e poderá

informar e formular propostas en relación coas ditas actuacións, especificamente no referente a:

- Criterios e programas xerais de actuación.
- Proxectos de disposicións de carácter xeral.
- Coordinación das actuacións desenvolvidas polas administracións públicas competentes en materia laboral.
- Coordinación entre as administracións públicas competentes en materia laboral, sanitaria e de industria.

A Comisión adoptará os seus acordos por maioría. Para este fin, os representantes das administracións públicas terán, cada un, un voto e dous os das organizacións empresariais e sindicais.

En canto á organización da Comisión, cómpre destacar que esta contará cun presidente e catro vicepresidentes (un por cada un dos grupos que a integran) e cunha Secretaría da Comisión, que se configura como órgano de apoio técnico e administrativo.

A Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo funcionará en pleno, en comisión permanente ou en grupos de traballo, conforme a normativa que estableza o regulamento interno que elaborará a propia Comisión.

III. Dereitos e obrigas de traballadores e empresarios en materia de prevención de riscos

Nos artigos 14 e seguintes regúlase o dereito de protección dos traballadores en materia de seguridade e saúde no traballo. Este dereito supón a existencia dun correlativo deber do empresario de protección dos traballadores fronte aos riscos laborais, deber que constitúe, igualmente, un deber das administracións públicas respecto do persoal ao seu servizo.

Os dereitos de información, consulta e participación, formación en materia preventiva, paralización da actividade en caso de risco grave e inminente e vixilancia do seu estado de saúde forman parte do dereito dos traballadores a unha protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo.

Así, en cumprimento do deber de protección, o empresario deberá garantir a seguridade e a saúde dos traballadores ao seu servizo en todos os aspectos relacionados co traballo. Para estes efectos, no marco das súas responsabilidades, o empresario realizará a prevención dos riscos laborais mediante a integración da actividade preventiva na empresa e a adopción de cantas medidas sexan necesarias para a protección da seguridade e a saúde dos traballadores, coas especialidades que se recollen en materia de plan de prevención de riscos laborais, avaliación de riscos, información, consulta e participación e formación dos traballadores, actuación en casos de emerxencia e de risco grave e inminente, vixilancia da saúde, e mediante a constitución dunha organización e dos medios necesarios.

O empresario desenvolverá ademais unha acción permanente de seguimento da actividade preventiva co fin de perfeccionar de xeito continuo as actividades de identificación, avaliación e control dos riscos que non se puidesen evitar e os niveis de protección existentes, e disporá o necesario para a adaptación das medidas de prevención sinaladas no parágrafo anterior ás modificacións que poidan experimentar as circunstancias que incidan na realización do traballo e deberá cumprir as obrigas establecidas na normativa sobre prevención de riscos laborais.

As obrigas dos traballadores establecidas nesta lei, a atribución de funcións en materia de protección e prevención a traballadores ou servizos da empresa e o recurso ao concerto con entidades especializadas para o desenvolvemento de actividades de prevención complementarán as accións do empresario, sen que por iso o eximan do cumprimento do seu deber nesta materia, sen prexuízo das accións que poida exercer, se é o caso, contra calquera outra persoa. Finalmente cómpre destacar que o custo das medidas relativas á seguridade e á saúde no traballo non deberá recaer en modo ningún sobre os traballadores.

No **artigo 15** establécense unha serie de **Principios da acción preventiva**; así, preceptúa a lei que *o empresario aplicará as medidas que integran o deber xeral de prevención previsto no artigo anterior, conforme os seguintes principios xerais:*

- a) Evitar os riscos.
- b) Avaliar os riscos que non se poidan evitar.

- c) Combater os riscos na súa orixe.
- d) Adaptar o traballo á persoa, en particular no que respecta á concepción dos postos de traballo, así como á elección dos equipos e os métodos de traballo e de produción, con miras, en particular, a atenuar o traballo monótono e repetitivo e a reducir os seus efectos na saúde.
- e) Ter en conta a evolución da técnica.
- f) Substituír o que é perigoso polo que entrañe pouco ou ningún perigo.
- g) Planificar a prevención, buscando un conxunto coherente que integre nela a técnica, a organización do traballo, as condicións de traballo, as relacións sociais e a influencia dos factores ambientais no traballo.
- h) Adoptar medidas que antepoñan a protección colectiva á individual.
- i) Dar as debidas instrucións aos traballadores.

O empresario tomará en consideración as capacidades profesionais dos traballadores en materia de seguridade e de saúde no momento de encomendarlles as tarefas e adoptará as medidas necesarias co fin de garantir que só os traballadores que reciben información suficiente e axeitada poidan acceder ás zonas de risco grave e específico.

A efectividade das medidas preventivas deberá prever as distraccións ou imprudencias non temerarias que puidese cometer o traballador. Para a súa adopción teranse en conta os riscos adicionais que puidesen implicar determinadas medidas preventivas, as cales só poderán adoptarse cando a magnitude de tales riscos sexa substancialmente inferior á dos que se pretende controlar e non existan alternativas máis seguras.

Para tales fins, poderán concertar operacións de seguro para garantir como ámbito de cobertura a previsión de riscos derivados do traballo, a empresa respecto dos seus traballadores, os traballadores autónomos respecto a eles mesmos e as sociedades cooperativas respecto aos seus socios cuxa actividade consista na prestación do seu traballo persoal.

Segundo o artigo 16, a prevención de riscos laborais deberá integrarse no sistema xeral de xestión da empresa, tanto no conxunto das súas actividades como en todos os niveis xerárquicos desta, a través da implantación e aplicación dun plan de prevención de riscos

laborais.

Este plan de prevención de riscos laborais deberá incluír a estrutura organizativa, as responsabilidades, as funcións, as prácticas, os procedementos, os procesos e os recursos necesarios para realizar a acción de prevención de riscos na empresa, nos termos que regulamentariamente se establezan.

Os instrumentos esenciais para a xestión e aplicación do plan de prevención de riscos, que poderán ser levados a cabo por fases de forma programada, son a avaliación de riscos laborais e a planificación da actividade preventiva. Por iso exíxeselle ao empresario a realización dunha avaliación inicial dos riscos para a seguridade e saúde dos traballadores (tendo en conta, con carácter xeral, a natureza da actividade, as características dos postos de traballo existentes e dos traballadores que deban desempeñalos). Igual avaliación deberá facerse con ocasión da elección dos equipos de traballo, das substancias ou preparados químicos e do acondicionamento dos lugares de traballo. A avaliación inicial terá en conta aquelas outras actuacións que deban desenvolverse de conformidade co disposto na normativa sobre protección de riscos específicos e actividades de especial perigosidade e será actualizada cando cambien as condicións de traballo e, en todo caso, someterase a consideración e revisarse, se fose necesario, con ocasión dos danos para a saúde que se producisen.

Cando o resultado da avaliación o fixese necesario, o empresario realizará controis periódicos das condicións de traballo e da actividade dos traballadores na prestación dos seus servizos, para detectar situacións potencialmente perigosas.

Se os resultados da avaliación puxesen de manifesto situacións de risco, o empresario realizará aquelas actividades preventivas necesarias para eliminar ou reducir e controlar tales riscos. As ditas actividades serán obxecto de planificación por parte do empresario, e incluírán para cada actividade preventiva o prazo para levala a cabo, a designación de responsables e os recursos humanos e materiais necesarios para a súa execución.

Por outra parte, hai que destacar que, como o empresario deberá asegurarse da efectiva execución das actividades preventivas incluídas na planificación, deberá efectuar o seu seguimento continuo. Isto supón que as actividades de prevención deberán ser modificadas cando o empresario aprecie a súa inadecuación para os fins de protección

requiridos.

As empresas, en atención ao número de traballadores e á natureza e perigosidade das actividades realizadas, poderán realizar o plan de prevención de riscos laborais, a avaliación de riscos e a planificación da actividade preventiva de forma simplificada, sempre que iso non supoña unha redución do nivel de protección da seguridade e saúde dos traballadores.

Cando se producise un dano para a saúde dos traballadores ou cando con ocasión da vixilancia da saúde aparezan indicios de que as medidas de prevención resultan insuficientes, o empresario levará a cabo unha investigación ao respecto co fin de detectar as causas destes feitos e adoptará as medidas necesarias para que os equipos de traballo sexan adecuados para o traballo que deba realizarse e convenientemente adaptados para tal efecto, de forma que garantan a seguridade e a saúde dos traballadores ao utilízalos.

Especificamente prevese que cando a utilización dun equipo de traballo poida presentar un risco específico para a seguridade e a saúde dos traballadores, o empresario adoptará as medidas necesarias co fin de que a utilización do equipo de traballo quede reservada aos encargados desa utilización e de que os traballos de reparación, transformación, mantemento ou conservación sexan realizados polos traballadores especificamente capacitados para iso.

O empresario deberá proporcionarlles aos seus traballadores equipos de protección individual axeitados para o desempeño das súas funcións e velar polo seu uso efectivo cando, pola natureza dos traballos realizados, sexan necesarios (os equipos de protección individual deberán utilizarse cando os riscos non se poidan evitar ou non poidan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva ou mediante medidas, métodos ou procedementos de organización do traballo).

O **artigo 18** establece un deber de información que corre a cargo do empresario. Por iso establece que deberá adoptar as medidas axeitadas para que os traballadores reciban todas as informacións necesarias en relación cos riscos para a seguridade e a saúde dos traballadores no traballo, tanto aqueles que afecten á empresa no seu conxunto como a cada tipo de posto de traballo ou función ou as medidas e actividades de protección e prevención aplicables aos citados riscos.

Nas empresas que contén con representantes dos traballadores, a información será facilitada polo empresario aos traballadores a través deses representantes; non obstante, deberá informarse directamente cada traballador dos riscos específicos que afecten ao seu posto de traballo ou función e das medidas de protección e prevención aplicables aos ditos riscos.

Correlativo ao deber de información é o de consulta. Así, dispónse que: o empresario debe consultar os traballadores, e permitir a súa participación, no marco de todas as cuestións que afecten á seguridade e á saúde no traballo, e os traballadores terán dereito a efectuar propostas ao empresario, así como aos órganos de participación e representación dirixidas á mellora dos niveis de protección da seguridade e a saúde na empresa.

Tamén se impón un deber de formación dos traballadores e, en cumprimento do deber de protección, o empresario deberá garantir que cada traballador reciba unha formación teórica e práctica, suficiente e axeitada, en materia preventiva, tanto no momento da súa contratación, calquera que sexa a modalidade ou duración desta, como cando se produzan cambios en funcións que desempeñe ou se introduzan novas tecnoloxías ou cambios en equipos de traballo. Tal formación deberá estar centrada especificamente no posto de traballo ou función de cada traballador, adaptarse á evolución dos riscos e á aparición doutros novos e repetirse periodicamente, se fose necesario, e deberá impartirse, sempre que sexa posible, dentro da xornada de traballo ou, no seu defecto, noutras horas pero co desconto naquela do tempo investido nesta (a formación poderá ser impartida pola empresa mediante medios propios ou concertándoa con servizos alleos, e o seu custo non recaerá en ningún caso sobre os traballadores).

O **artigo 20** exige a previsión de medidas de emerxencia cando afirma que o empresario, tendo en conta o tamaño e a actividade da empresa, así como a posible presenza de persoas alleas a esta, deberá analizar as posibles situacións de emerxencia e adoptar as medidas necesarias en materia de primeiros auxilios, loita contra incendios e evacuación dos traballadores, para o que designará o persoal encargado de pór en práctica estas medidas e comprobará periodicamente, de ser o caso, o seu correcto funcionamento. O citado persoal deberá posuír a formación necesaria, ser suficiente en número e dispor do material axeitado.

Para a aplicación das medidas adoptadas, o empresario deberá organizar as relacións que sexan necesarias con servizos externos á empresa, en particular en materia de primeiros auxilios, asistencia médica de urxencia, salvamento e loita contra incendios, de forma que quede garantida a rapidez e eficacia destas.

Outro deber a cargo do empresario xorde cando os traballadores estean ou poidan estar expostos a un risco grave e inminente con ocasión do seu traballo. En tal caso, o empresario estará obrigado a:

- a) Informar o antes posible a todos os traballadores afectados acerca da existencia do devandito risco e das medidas adoptadas ou que, de ser o caso, deban adoptarse en materia de protección.
- b) Adoptar as medidas e dar as instrucións necesarias para que, en caso de perigo grave, inminente e inevitable, os traballadores poidan interromper a súa actividade e, se fose necesario, abandonar de inmediato o lugar de traballo (neste suposto non poderá exixírselles aos traballadores que continúen a súa actividade mentres persista o perigo, salvo excepción debidamente xustificada por razóns de seguridade e determinada regulamentariamente).
- c) Dispor o necesario para que o traballador que non puidese pórse en contacto co seu superior xerárquico, ante unha situación de perigo grave e inminente para a súa seguridade, a doutros traballadores ou a de terceiros á empresa, estea en condicións, tendo en conta os seus coñecementos e os medios técnicos postos á súa disposición, de adoptar as medidas necesarias para evitar as consecuencias dese perigo.

Así, o traballador terá dereito a interromper a súa actividade e abandonar o lugar de traballo, en caso necesario, cando considere que a dita actividade entraña un risco grave e inminente para a súa vida ou a súa saúde.

Cando o empresario non adopte ou non permita a adopción das medidas necesarias para garantir a seguridade e a saúde dos traballadores, os representantes legais destes poderán acordar, por maioría dos seus membros, a paralización da actividade dos traballadores afectados por ese risco. Tal acordo será comunicado de inmediato á empresa e á autoridade laboral, a cal, no prazo de vinte e catro horas, anulará ou ratificará a

paralización acordada. O dito acordo poderá ser adoptado por decisión maioritaria dos delegados de prevención cando non resulte posible reunir coa urxencia requirida o órgano de representación do persoal.

Os traballadores ou os seus representantes non poderán sufrir prexuízo ningún derivado da adopción das medidas de prevención ou protección expostas, a menos que obrasen de mala fe ou cometesen negligencia grave.

Establécese o carácter voluntario da vixilancia (relativa ao control da saúde dos traballadores), xa que só poderá levarse a cabo cando o traballador preste o seu consentimento, e só se exceptuarán, logo do informe dos representantes de traballadores, os supostos nos que a realización dos recoñecementos sexa imprescindible para avaliar os efectos das condicións de traballo sobre a saúde dos traballadores ou para verificar se o estado de saúde do traballador pode constituír un perigo para este, para os demais traballadores ou para outras persoas relacionadas coa empresa ou cando así estea establecido nunha disposición legal en relación coa protección de riscos específicos e actividades de especial perigosidade. En todo caso deberase optar pola realización daqueles recoñecementos ou probas que lle causen as menores molestias ao traballador e que sexan proporcionais ao risco.

As medidas de vixilancia e control da saúde dos traballadores levaranse a cabo respectando sempre o dereito á intimidade e á dignidade da persoa do traballador e a confidencialidade de toda a información relacionada co seu estado de saúde. Os resultados da vixilancia serán comunicados aos traballadores afectados e por iso os datos relativos á vixilancia da saúde dos traballadores non poderán ser usados con fins discriminatorios nin en prexuízo do traballador (debe recordarse que o acceso á información médica de carácter persoal se limitará ao persoal médico e ás autoridades sanitarias que leven a cabo a vixilancia da saúde dos traballadores, sen que poida facilitarse ao empresario ou a outras persoas sen consentimento expreso do traballador. Non obstante, establécese que o empresario e as persoas ou órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados das conclusións que deriven dos recoñecementos efectuados en relación coa aptitude do traballador para o desempeño do posto de traballo ou coa necesidade de introducir ou mellorar as medidas

de protección e prevención, co fin de que poidan desenvolver correctamente as súas funcións en materia preventiva).

Nos supostos en que a natureza dos riscos inherentes ao traballo o faga necesario, o dereito dos traballadores á vixilancia periódica do seu estado de saúde deberá ser prolongado máis alá da finalización da relación laboral, nos termos que regulamentariamente se determinen.

O empresario deberá elaborar e conservar á disposición da autoridade laboral a seguinte documentación relativa ás obrigas estudadas:

- a) Plan de prevención de riscos laborais.
- b) Avaliación dos riscos para a seguridade e a saúde no traballo, incluído o resultado dos controis periódicos das condicións de traballo e da actividade dos traballadores.
- c) Planificación da actividade preventiva, incluídas as medidas de protección e de prevención que se deban adoptar e, de ser o caso, material de protección que deba utilizarse.
- d) Práctica dos controis do estado de saúde dos traballadores.
- e) Relación de accidentes de traballo e enfermidades profesionais que lle causasen ao traballador unha incapacidade laboral superior a un día de traballo. No momento de cesación da súa actividade, as empresas deberán remitirle á autoridade laboral esa documentación.

O **artigo 24** trata da ***coordinación de actividades empresariais***, e a este respecto establece que: *cando nun mesmo centro de traballo desenvolvan actividades traballadores de dúas ou máis empresas, estas deberán cooperar na aplicación da normativa sobre prevención de riscos laborais*. Para tal fin, establecerán os medios de coordinación que sexan necesarios en canto á protección e prevención de riscos laborais e á información sobre estes aos seus respectivos traballadores.

O empresario titular do centro de traballo adoptará as medidas necesarias para que aqueloutros empresarios que desenvolvan actividades no seu centro de traballo reciban a información e as instrucións axeitadas, en relación cos riscos existentes no centro de traballo e coas medidas de protección e prevención correspondentes, así como sobre as

medidas de emerxencia que haxa que aplicar, para o seu traslado aos seus respectivos traballadores, e as empresas que contraten ou subcontraten con outras a realización de obras ou servizos correspondentes á propia actividade daquelas e que se desenvolvan nos seus propios centros de traballo deberán vixiar o cumprimento por parte dos ditos contratistas e subcontratistas da normativa de prevención de riscos laborais.

O lexislador ocúpase igualmente da regulación, no **artigo 25**, da materia relativa á ***protección de traballadores especialmente sensibles a determinados riscos***, por iso dispón que o empresario garantirá de xeito específico a protección dos traballadores que, polas súas propias características persoais ou estado biolóxico coñecido, incluídos aqueles que teñan recoñecida a situación de discapacidade física, psíquica ou sensorial, sexan especialmente sensibles aos riscos derivados do traballo. Para iso deberá ter en conta estes aspectos nas avaliacións dos riscos e, en función destas, adoptará as medidas preventivas e de protección necesarias.

A lexislación exige que os traballadores non sexan empregados naqueles postos de traballo nos que, a causa das súas características persoais, estado biolóxico ou pola súa discapacidade física, psíquica ou sensorial debidamente recoñecida, poidan eles, os demais traballadores ou outras persoas relacionadas coa empresa pórse en situación de perigo ou, en xeral, cando se atopen manifestamente en estados ou situacións transitorias que non respondan ás exigencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo. Igualmente, o empresario deberá ter en conta nas avaliacións os factores de risco que poidan incidir na función de procreación dos traballadores e traballadoras, en particular pola exposición a axentes físicos, químicos e biolóxicos que poidan exercer efectos mutaxénicos ou de toxicidade para a procreación, tanto nos aspectos da fertilidade como do desenvolvemento da descendencia, co obxecto de adoptar as medidas preventivas necesarias.

Tamén se debe tratar a protección doutras continxencias, como a maternidade ou os menores. En canto á primeira, exíxese que a avaliación dos riscos comprenda a determinación da natureza, o grao e a duración da exposición das traballadoras en situación de embarazo ou parto recente a axentes, procedementos ou condicións de traballo que poidan influír negativamente na saúde das traballadoras ou do feto, en calquera actividade susceptible de presentar un risco específico. Así, se os resultados da

avaliación revelasen un risco para a seguridade e a saúde ou unha posible repercusión sobre o embarazo ou a lactación das traballadoras, o empresario adoptará as medidas necesarias para evitar a exposición ao devandito risco, a través dunha adaptación das condicións ou do tempo de traballo da traballadora afectada (estas medidas incluírán, cando resulte necesaria, a non realización de traballo nocturno ou de traballo a quendas).

Cando a adaptación das condicións ou do tempo de traballo non resultase posible ou, a pesar de tal adaptación, as condicións dun posto de traballo puidesen influír negativamente na saúde da traballadora embarazada ou do feto, e así o certifiquen os servizos médicos do Instituto Nacional da Seguridade Social ou das mutuas, en función da entidade coa que a empresa teña concertada a cobertura dos riscos profesionais, co informe do médico do Servizo Nacional de Saúde que asista facultativamente a traballadora, esta deberá desempeñar un posto de traballo ou función diferente e compatible co seu estado e o empresario deberá determinar, logo de consulta aos representantes dos traballadores, a relación dos postos de traballo exentos de riscos para estes efectos.

O cambio de posto ou función levarase a cabo de conformidade coas regras e criterios que se apliquen nos supostos de mobilidade funcional e terá efectos ata o momento en que o estado de saúde da traballadora permita a súa reincorporación ao anterior posto.

Se, aínda aplicando as regras citadas, non existise posto de traballo ou función compatible, a traballadora poderá ser destinada a un posto non correspondente ao seu grupo ou categoría equivalente, aínda que conservará o dereito ao conxunto de retribucións do seu posto de orixe e se o ese cambio de posto non resultase técnico ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificadas, poderá declararse o paso da traballadora afectada á situación de suspensión de contrato por risco durante o embarazo, durante o período necesario para a protección da súa seguridade ou da súa saúde e mentres persista a imposibilidade de reincorporarse ao seu posto anterior ou a outro posto compatible co seu estado.

Estas previsións tamén serán de aplicación durante o período de lactación natural se as condicións de traballo puidesen influír negativamente na saúde da muller ou do fillo e así o certifiquen os servizos médicos do Instituto Nacional da Seguridade Social ou das mutuas,

en función da entidade coa que a empresa teña concertada a cobertura dos riscos profesionais, co informe do médico do Servizo Nacional de Saúde que asista facultativamente a traballadora ou o seu fillo.

As traballadoras embarazadas terán dereito a ausentarse do traballo, con dereito a remuneración, para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ao parto, logo do aviso ao empresario e xustificación da necesidade da súa realización dentro da xornada de traballo.

Como resulta do teor do **artigo 27**, o lexislador preocupouse de introducir disposicións de protección dos menores. Así, establece que antes da incorporación ao traballo de mozos menores de dezoito anos, e previamente a calquera modificación importante das súas condicións de traballo, o empresario deberá efectuar unha avaliación dos postos de traballo que estes vaian desempeñar, co fin de determinar a natureza, o grao e a duración da súa exposición, en calquera actividade susceptible de presentar un risco específico ao respecto, a axentes, procesos ou condicións de traballo que poidan pór en perigo a seguridade ou a saúde destes traballadores.

A avaliación no caso de traballadores menores de 18 anos terá especialmente en conta os riscos específicos para a seguridade, a saúde e o desenvolvemento dos mozos derivados da súa falta de experiencia, da súa inmadurez para avaliar os riscos existentes ou potenciais e do seu desenvolvemento aínda incompleto; igualmente, o empresario informará os ditos mozos e os seus pais ou titores que interviñesen na contratación dos posibles riscos e de todas as medidas adoptadas para a protección da súa seguridade e saúde. E, tendo en conta os factores anteriormente sinalados, o Goberno establecerá as limitacións á contratación de mozos menores de dezoito anos en traballos que presenten riscos específicos.

Polo que se refire a aqueles traballadores con relacións de traballo temporais ou de duración determinada, así como os contratados por empresas de traballo temporal, dispónse que deberán gozar do mesmo nivel de protección en materia de seguridade e saúde que os restantes traballadores da empresa na que prestan os seus servizos. A existencia de tal relación non xustificará en ningún caso unha diferenza de trato polo que respecta ás condicións de traballo, no relativo a calquera dos aspectos da protección da

seguridade e a saúde dos traballadores.

O empresario ha de adoptar as medidas necesarias para garantir que, con carácter previo ao inicio da súa actividade, os traballadores reciban información acerca dos riscos aos que vaian estar expostos, en particular no relativo á necesidade de cualificacións ou aptitudes profesionais determinadas, a exixencia de controis médicos especiais ou a existencia de riscos específicos do posto de traballo que se vaia cubrir, así como sobre as medidas de protección e prevención fronte a estes.

En todo caso, os traballadores deben recibir unha formación suficiente e axeitada ás características do posto de traballo que vaian cubrir, tendo en conta a súa cualificación e experiencia profesional e os riscos aos que vaian estar expostos, e terán dereito a unha vixilancia periódica do seu estado de saúde.

O empresario deberá informar os traballadores designados para ocuparse das actividades de protección e prevención ou, se é o caso, ao servizo de prevención, da incorporación destes traballadores, na medida necesaria para que poidan desenvolver de forma axeitada as súas funcións respecto de todos os traballadores da empresa.

Se as relacións de traballo se concertan a través de empresas de traballo temporal, a empresa usuaria será responsable das condicións de execución do traballo en todo o relacionado coa protección da seguridade e a saúde dos traballadores. Corresponderalle, ademais, á empresa usuaria o cumprimento das obrigas en materia de información xa citadas e a empresa de traballo temporal será responsable do cumprimento das obrigas en materia de formación e vixilancia da saúde. Para este fin, a empresa usuaria deberá informar a empresa de traballo temporal, e esta os traballadores afectados, antes da adscrición destes, acerca das características propias dos postos de traballo que se vaian desempeñar e das cualificacións requiridas.

A empresa usuaria deberá informar os representantes dos traballadores nesta da adscrición dos traballadores postos á disposición pola empresa de traballo temporal. Estes traballadores poderán dirixirse a estes representantes no exercicio dos dereitos recoñecidos nesta lei.

Segundo o teor do **artigo 29**, finalmente tamén se procede á imposición de diversas obrigas ao propio traballador. Así, resulta que lle corresponde a cada traballador velar, segundo as súas posibilidades e mediante o cumprimento das medidas de prevención que en cada caso sexan adoptadas, pola súa propia seguridade e saúde no traballo e pola daqueles outras persoas ás que poida afectar a súa actividade profesional, a causa dos seus actos e omisións no traballo, de conformidade coa súa formación e as instrucións do empresario.

Os traballadores, conforme a súa formación e seguindo as instrucións do empresario, deberán en particular:

1º. Usar axeitadamente, de acordo coa súa natureza e os riscos previsibles, as máquinas, aparellos, ferramentas, substancias perigosas, equipos de transporte e, en xeral, calquera outros medios cos que desenvolvan a súa actividade.

2º. Utilizar correctamente os medios e equipos de protección facilitados polo empresario, de acordo coas instrucións recibidas deste.

3º. Non pór fóra de funcionamento e utilizar correctamente os dispositivos de seguridade existentes ou que se instalen nos medios relacionados coa súa actividade ou nos lugares de traballo nos que esta teña lugar.

4º. Informar de inmediato o seu superior xerárquico directo, e os traballadores designados para realizar actividades de protección e de prevención ou, de ser o caso, ao servizo de prevención, acerca de calquera situación que, ao seu xuízo, entrañe, por motivos razoables, un risco para a seguridade e a saúde dos traballadores.

5º. Contribuír ao cumprimento das obrigas establecidas pola autoridade competente co fin de protexer a seguridade e a saúde dos traballadores no traballo.

6º. Cooperar co empresario para que este poida garantir unhas condicións de traballo que sexan seguras e non entrañen riscos para a seguridade e a saúde dos traballadores.

O incumprimento por parte dos traballadores das obrigas en materia de prevención de riscos terá a consideración de incumprimento laboral para os efectos previstos no artigo 58.1 ET ou de falta, de ser o caso, conforme o establecido na correspondente normativa sobre réxime disciplinario dos funcionarios públicos ou do persoal estatutario ao servizo

das administracións públicas. O disposto neste apartado será igualmente aplicable aos socios das cooperativas cuxa actividade consista na prestación do seu traballo, coas precisións que se establezan nos seus regulamentos de réxime interno.

IV. Os servizos de prevención de riscos

En cumprimento do deber de prevención de riscos profesionais, o empresario designará un ou varios traballadores para ocuparse da devandita actividade, constituirá un servizo de prevención ou concertará ese servizo cunha entidade especializada allea á empresa.

Os traballadores designados deberán ter a capacidade necesaria, dispor do tempo e dos medios precisos e ser suficientes en número, tendo en conta o tamaño da empresa, así como os riscos a que están expostos os traballadores e a súa distribución nesta. Ademais impónselles a estes traballadores un deber de colaborar entre si e, de ser o caso, cos servizos de prevención.

Para a realización da actividade de prevención, o empresario deberá facilitar aos traballadores designados o acceso á información e documentación antes citado.

Os traballadores designados non poderán sufrir ningún prexuízo derivado das súas actividades de protección e prevención dos riscos profesionais na empresa e deberán gardar silexio profesional sobre a información relativa á empresa á que tivesen acceso como consecuencia do desempeño das súas funcións.

Nas empresas de ata dez traballadores, o empresario poderá asumir persoalmente a realización destas funcións, sempre que desenvolva de forma habitual a súa actividade no centro de traballo e teña a capacidade necesaria, en función dos riscos a que estean expostos os traballadores e a perigosidade das actividades. A mesma posibilidade ten o empresario que, cumprindo tales requisitos, ocupe ata 25 traballadores, sempre e cando a empresa dispoña dun único centro de traballo.

O empresario que non concertase o servizo de prevención cunha entidade especializada allea á empresa deberá someter o seu sistema de prevención ao control dunha auditoría ou avaliación externa, nos termos que regulamentariamente se determinen. Pola súa parte, as persoas ou entidades especializadas que pretendan desenvolver a actividade de auditoría do sistema de prevención deberán contar cunha única autorización da autoridade

laboral, que terá validez en todo o territorio español. O vencemento do prazo máximo do procedemento de autorización sen notificárselle resolución expresa ao interesado permitirá entender desestimada a solicitude por silencio administrativo, co obxecto de garantir unha axeitada protección dos traballadores.

O **artigo 31** regula os servizos de prevención e dispón que: *se a designación dun ou varios traballadores fose insuficiente para a realización das actividades de prevención, en función do tamaño da empresa, dos riscos a que están expostos os traballadores ou da perigosidade das actividades desenvolvidas (...), o empresario deberá recorrer a un ou varios servizos de prevención propios ou alleos á empresa, que colaborarán cando sexa necesario.*

Para o establecemento destes servizos nas administracións públicas terase en conta a súa estrutura organizativa e a existencia, se é o caso, de ámbitos sectoriais e descentralizados.

Entenderase como servizo de prevención o conxunto de medios humanos e materiais necesarios para realizar as actividades preventivas co fin de garantir a axeitada protección da seguridade e a saúde dos traballadores, asesorando e asistindo para iso ao empresario, aos traballadores e aos seus representantes, e aos órganos de representación especializados. Para o exercicio das súas funcións, o empresario deberá facilitar a ese servizo o acceso á información e documentación necesarias.

Os servizos de prevención deberán estar en condicións de proporcionarlle á empresa o asesoramento e apoio que precise en función dos tipos de risco nela existentes e no referente a:

- a) O deseño, implantación e aplicación dun plan de prevención de riscos laborais que permita a integración da prevención na empresa.
- b) A avaliación dos factores de risco que poidan afectar á seguridade e a saúde dos traballadores.
- c) A planificación da actividade preventiva e a determinación das prioridades na adopción das medidas preventivas e a vixilancia da súa eficacia.
- d) A información e formación dos traballadores.
- e) A prestación dos primeiros auxilios e plans de emerxencia.

f) A vixilancia da saúde dos traballadores en relación cos riscos derivados do traballo.

Se a empresa non levase a cabo as actividades preventivas con recursos propios, a asunción das funcións respecto das materias descritas só poderá ser feita por un servizo de prevención alleo. O anterior entenderase sen prexuízo de calquera outra atribución legal ou regulamentaria de competencia a outras entidades ou organismos respecto das materias indicadas.

O servizo de prevención terá carácter interdisciplinario, e os seus medios deberán ser apropiados para cumprir as súas funcións. Para iso, a formación, especialidade, capacitación, dedicación e número de compoñentes destes servizos, así como os seus recursos técnicos, deberán ser suficientes e axeitados ás actividades preventivas que se vaian desenvolver, en función das seguintes circunstancias:

- a) Tamaño da empresa.
- b) Tipos de risco aos que poidan atoparse expostos os traballadores.
- c) Distribución de riscos na empresa.

Para poder actuar como servizos de prevención, as entidades especializadas deberán ser obxecto dunha acreditación pola autoridade laboral, que será única e con validez en todo o territorio español, mediante a comprobación de que reúnen os requisitos que se establezan regulamentariamente e logo da aprobación da autoridade sanitaria en canto a aspectos de carácter sanitario.

Entre estes requisitos, as entidades especializadas deberán subscribir unha póliza de seguro que cubra a súa responsabilidade na contía que se determine regulamentariamente e sen que aquela constitúa o límite da responsabilidade do servizo.

O vencemento do prazo máximo do procedemento de acreditación sen notificárselle resolución expresa ao interesado permitirá entender desestimada a solicitude por silencio administrativo, co obxecto de garantir unha axeitada protección dos traballadores.

Hai que ter en conta que as mutuas colaboradoras coa Seguridade Social non poderán desenvolver as funcións correspondentes aos servizos de prevención alleos, nin participar con cargo ao seu patrimonio histórico no capital social dunha sociedade mercantil no obxecto da cal figure a actividade de prevención.

V. Participación dos traballadores

O empresario deberá consultar os traballadores, coa debida antelación, a adopción das decisións relativas a:

a) A planificación e a organización do traballo na empresa e a introdución de novas tecnoloxías, en todo o relacionado coas consecuencias que estas puidesen ter para a seguridade e a saúde dos traballadores, derivadas da elección dos equipos, a determinación e a adecuación das condicións de traballo e o impacto dos factores ambientais no traballo.

b) A organización e desenvolvemento das actividades de protección da saúde e prevención dos riscos profesionais na empresa, incluída a designación dos traballadores encargados desas actividades ou o recurso a un servizo de prevención externo.

c) A designación dos traballadores encargados das medidas de emerxencia.

d) Os procedementos de información e documentación a que se refire esta lei.

e) O proxecto e a organización da formación en materia preventiva.

f) Calquera outra acción que poida ter efectos substanciais sobre a seguridade e a saúde dos traballadores.

Pero naquelas empresas que contén con representantes dos traballadores, esas consultas levaranse a cabo cos ditos representantes.

O **artigo 34** establece dereitos de participación dos traballadores: *os traballadores teñen dereito a participar na empresa nas cuestións relacionadas coa prevención de riscos no traballo.*

Nas empresas ou centros de traballo que contén con seis ou máis traballadores, a participación destes canalízase a través dos seus representantes e da representación especializada. Aos comités de empresa, aos delegados de persoal e aos representantes sindicais correspóndelles, nos termos que, respectivamente, lles recoñecen o Estatuto dos traballadores, a Lei de órganos de representación do persoal ao servizo das administracións públicas e a Lei orgánica de liberdade sindical, a defensa dos intereses dos traballadores en materia de prevención de riscos no traballo. Para iso, os representantes do persoal exercerán as competencias que esas normas establecen en materia de

información, consulta e negociación, vixilancia e control e exercicio de accións ante as empresas e os órganos e tribunais competentes.

Este dereito de participación exercerase no ámbito das administracións públicas coas adaptacións que procedan en atención á diversidade das actividades que desenvolven e as diferentes condicións en que estas se realizan, á complexidade e dispersión da súa estrutura organizativa e ás súas peculiaridades en materia de representación colectiva, nos termos previstos na Lei 7/1990, do 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, e poderán establecerse ámbitos sectoriais e descentralizados en función do número de efectivos e centros.

Para levar a cabo a indicada adaptación no ámbito da Administración xeral do Estado, o Goberno terá en conta os seguintes criterios:

a) En ningún caso esa adaptación poderá afectar ás competencias, facultades e garantías que se lles recoñecen nesta lei aos delegados de prevención e aos comités de seguridade e saúde.

b) Deberase establecer o ámbito específico que resulte axeitado en cada caso para o exercicio da función de participación en materia preventiva dentro da estrutura organizativa da Administración. Con carácter xeral, este ámbito será o dos órganos de representación do persoal ao servizo das administracións públicas, aínda que poderán establecerse outros distintos en función das características da actividade e frecuencia dos riscos a que poidan atoparse expostos os traballadores.

c) Cando no indicado ámbito existan diferentes órganos de representación do persoal, deberase garantir unha actuación coordinada de todos eles en materia de prevención e protección da seguridade e a saúde no traballo, posibilitando que a participación se realice de forma conxunta entre uns e outros, no ámbito específico establecido para este efecto.

d) Con carácter xeral, constituirase un único comité de seguridade e saúde no ámbito dos órganos de representación previstos na Lei de órganos de representación do persoal ao servizo das administracións públicas, que estará integrado polos delegados de prevención designados no dito ámbito, tanto para o persoal con relación de carácter administrativo ou estatutario como para o persoal laboral, e por representantes da

Administración en número non superior ao de delegados. Non obstante, poderán constituírse comités de seguridade e saúde noutros ámbitos cando as razóns da actividade e o tipo e frecuencia dos riscos así o aconsellen.

Debido ás actuais dimensións das empresas, foi necesario articular mecanismos áxiles e realmente operativos que materialicen esa participación dos traballadores na empresa. Así xorde a figura dos delegados de prevención, que a lei define como os representantes dos traballadores con funcións específicas en materia de prevención de riscos no traballo.

Os delegados de prevención serán designados por e entre os representantes do persoal, no ámbito dos órganos de representación previstos nas normas a que se refire o artigo anterior, conforme a seguinte escala:

De 50 a 100 traballadores: 2 delegados de prevención.

De 101 a 500 traballadores: 3 delegados de prevención.

De 501 a 1.000 traballadores: 4 delegados de prevención.

De 1001 a 2.000 traballadores: 5 delegados de prevención.

De 2001 a 3.000 traballadores: 6 delegados de prevención.

De 3.001 a 4.000 traballadores: 7 delegados de prevención.

De 4.001 en diante: 8 delegados de prevención.

Nas empresas de ata trinta traballadores, o delegado de prevención será o delegado de persoal. Nas empresas de trinta e un a corenta e nove traballadores haberá un delegado de prevención que será elixido por e entre os delegados de persoal.

Para os efectos de determinar o número de delegados de prevención, teranse en conta os seguintes criterios:

a) Os traballadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un ano computaranse como traballadores fixos do cadro de persoal.

b) Os contratados por termo de ata un ano computaranse segundo o número de días traballados no período dun ano anterior á designación. Cada douscentos días traballados ou fracción computaranse como un traballador máis.

Non obstante, nos convenios colectivos poderán establecerse outros sistemas de

designación dos delegados de prevención, sempre que se garanta que a facultade de designación corresponde aos representantes do persoal ou aos propios traballadores.

Así mesmo, no ámbito das administracións públicas poderán establecerse, nos termos sinalados na Lei 7/1990, do 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, outros sistemas de designación dos delegados de prevención e acordarse que as competencias que esta lei lles atribúe poidan ser exercidas por órganos específicos.

Segundo o **artigo 36**, son competencias dos delegados de prevención:

- a) Colaborar coa dirección da empresa na mellora da acción preventiva.
- b) Promover e fomentar a cooperación dos traballadores na execución da normativa sobre prevención de riscos laborais.
- c) Ser consultados polo empresario, con carácter previo á súa execución, acerca das decisións a que se refire o artigo 33 desta lei.
- d) Exercer un labor de vixilancia e control sobre o cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais.

Nas empresas que non contén con comité de seguridade e saúde por non alcanzar o número mínimo de traballadores establecido para este efecto, as competencias atribuídas a aquel nesta lei serán exercidas polos delegados de prevención.

No exercicio das competencias atribuídas aos delegados de prevención, estes estarán facultados para:

- a) Acompañar os técnicos nas avaliacións de carácter preventivo do medio de traballo, así como, nos termos previstos no artigo 40 desta lei, os inspectores de Traballo e Seguridade Social nas visitas e verificacións que realicen nos centros de traballo para comprobar o cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, podendo formular ante eles as observacións que consideren oportunas.
- b) Ter acceso, coas limitacións pertinentes, á información e documentación relativa ás condicións de traballo que sexan necesarias para o exercicio das súas funcións.
- c) Ser informados polo empresario sobre os danos producidos na saúde dos

traballadores unha vez que tivesen coñecemento deles, podendo presentarse, mesmo fóra da súa xornada laboral, no lugar dos feitos para coñecer as súas circunstancias.

d) Recibir do empresario as informacións obtidas por este procedentes das persoas ou órganos encargados das actividades de protección e prevención na empresa, así como dos organismos competentes para a seguridade e a saúde dos traballadores.

e) Realizar visitas aos lugares de traballo para exercer un labor de vixilancia e control do estado das condicións de traballo, podendo, para tal fin, acceder a calquera daqueles e comunicarse durante a xornada cos traballadores, de maneira que non se altere o normal desenvolvemento do proceso produtivo.

f) Solicitar do empresario a adopción de medidas de carácter preventivo e para a mellora dos niveis de protección da seguridade e a saúde dos traballadores, podendo para tal fin efectuar propostas ao empresario, así como ao comité de seguridade e saúde para a súa discusión neste.

g) Proporlle ao órgano de representación dos traballadores a adopción do acordo de paralización de actividades.

Os informes que deban emitir os delegados de prevención deberán elaborarse nun prazo de quince días, ou no tempo imprescindible cando se trate de adoptar medidas dirixidas a previr riscos inminentes. Transcorrido o prazo sen emitirse o informe, o empresario poderá pór en práctica a súa decisión.

A decisión negativa do empresario á adopción das medidas propostas polo delegado de prevención deberá ser motivada.

Establécese un sistema de garantías e de sxiilo profesional aplicable aos delegados de prevención en correspondencia co sistema deseñado no ET:

O empresario deberá proporcionarlles aos delegados de prevención os medios e a formación en materia preventiva que resulten necesarios para o exercicio das súas funcións.

A formación deberá ser facilitada polo empresario polos seus propios medios ou mediante concerto con organismos ou entidades especializadas na materia e deberá adaptarse á evolución dos riscos e á aparición doutros novos, repetíndose periodicamente se fose

necesario. O tempo dedicado á formación será considerado como tempo de traballo para todos os efectos e o seu custo non poderá recaer en ningún caso sobre os delegados de prevención.

O disposto en materia de garantías e sixilo profesional dos delegados de prevención entenderase referido, no caso das relacións de carácter administrativo ou estatutario do persoal ao servizo das administracións públicas, á regulación contida nos artigos 10, parágrafo segundo, e 11 da Lei 9/1987, do 12 de xuño, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ao servizo das administracións públicas.

Finalmente, débese facer referencia ao **Comité de Seguridade e Saúde**, que é o órgano paritario e colexiado de participación destinado á consulta regular e periódica das actuacións da empresa en materia de prevención de riscos, tendo en conta que se prevé a constitución dun comité de seguridade e saúde en todas as empresas ou centros de traballo que contén con 50 ou máis traballadores.

O dito comité estará formado polos delegados de prevención, dunha parte, e polo empresario e/ou os seus representantes en número igual ao dos delegados de prevención, da outra.

Nas reunións do comité de seguridade e saúde participarán, con voz pero sen voto, os delegados sindicais e os responsables técnicos da prevención na empresa que non estean incluídos na composición á que se refire o parágrafo anterior. Nas mesmas condicións poderán participar traballadores da empresa que contén cunha especial cualificación ou información respecto de concretas cuestións que se debatan neste órgano e técnicos en prevención alleos á empresa, sempre que así o solicite algunha das representacións no comité. O devandito comité reunirase trimestralmente e sempre que o solicite algunha das representacións neste, e adoptará as súas propias normas de funcionamento.

As empresas que contén con varios centros de traballo dotados de comité de seguridade e saúde poderán acordar cos seus traballadores a creación dun **comité intercentros**.

O **artigo 40**, como mecanismo de peche, prevé que os traballadores e os seus representantes poderán recorrer á Inspección de Traballo e Seguridade Social se consideran que as medidas adoptadas e os medios utilizados polo empresario non

son suficientes para garantir a seguridade e a saúde no traballo. A Inspección de Traballo e Seguridade Social informará os delegados de prevención sobre os resultados das visitas a que fai referencia o apartado anterior e sobre as medidas adoptadas como consecuencia destas, así como o empresario mediante dilixencia no Libro de Visitas da Inspección de Traballo e Seguridade Social que debe existir en cada centro de traballo.

As organizacións sindicais e empresariais máis representativas serán consultadas con carácter previo á elaboración dos plans de actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social en materia de prevención de riscos no traballo, en especial dos programas específicos para empresas de menos de seis traballadores, e informadas do resultado dos ditos plans.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LCDA. EN DEREITO
LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 2

**O DEREITO DO TRABALLO. A SÚA
ESPECIALIDADE E CARACTERES. AS FONTES DO
DEREITO DO TRABALLO. O PRINCIPIO DE
XERARQUÍA NORMATIVA. OS CONVENIOS
COLECTIVOS DO TRABALLO. CONCEPTO E
NATUREZA. RÉXIME XURÍDICO. PARTES.
PROCEDIMENTO. CONTIDO**

TEMA 2. O DEREITO DO TRABALLO. A SÚA ESPECIALIDADE E CARACTERES. AS FONTES DO DEREITO DO TRABALLO. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA NORMATIVA. OS CONVENIOS COLECTIVOS DO TRABALLO. CONCEPTO E NATUREZA. RÉXIME XURÍDICO. PARTES. PROCEDEMENTO. CONTIDO

O DEREITO DO TRABALLO

Co termo dereito do traballo quérese aludir a unha disciplina xurídica que se caracterizou por supor unha constante confrontación de dous tipos de intereses xeralmente contrapostos, os intereses sociais e os intereses económicos. Trátase pois dunha disciplina que intenta regular todos aqueles aspectos que comprende unha relación laboral, a cal, á súa vez, caracterízase, como se verá posteriormente, por reunir as notas de dependencia, amenidade, vontade do traballador e retribución.

En calquera caso, hai que destacar que desde unha perspectiva xurídica é unha disciplina ou materia relativamente recente, aínda que regula os resultados dun longo proceso evolutivo cuns precedentes que se remontan á época grecorromana.

Á marxe da súa concreta evolución histórica interesa facer fincapé nunha serie de fitos que resultaron ser esenciais na conceptualización ou definición desta materia. Así, é preciso referirse ao traballo na Idade Moderna (caracterizado pola desaparición en Europa do traballo forzoso) e ao traballo na era da Revolución Industrial, porque nela nace un verdadeiro novo concepto de relación laboral.

Coa Revolución Industrial prodúcese a agrupación dos traballadores en fábricas e xorden os fenómenos de especialización e división do traballo. Socioloxicamente constatouse un éxodo rural que pode cualificarse como masivo. Por outra parte, desde un punto de vista ideolóxico, a aparición do liberalismo revelouse crucial, xa que se concretou inicialmente na existencia de que o Estado fose quen actuase en posición de garante polo que atinxe á igualdade efectiva dos cidadáns ante a lei, aínda que tamén é certo, que, por outra parte, impera a lei da oferta e da demanda para a autorregulación do mercado, isto é, postulouse a autorregulación en detrimento do intervencionismo.

O contrato de traballo convértese en elemento esencial do sistema, xa que é o documento no que se recollen as vontades das partes, as condicións de traballo, etc.

Nun momento posterior xorde a que se denominou "cuestión social", que supón un novo enfoque de novos problemas que xurdiron debido á configuración do sistema e que opta pola adopción dunha óptica colectiva no tratamento da problemática social. Fálase xa de movemento obreiro e de movemento sindical e aparece a figura da folga, e con todo iso dá comezo todo un proceso reivindicativo que pretende obter unha mellora nas condicións laborais (dignidade das condicións de traballo), unha retribución axeitada, regúlanse os dereitos e obrigas das partes ou suxeitos intervenientes na relación laboral, inclúense previsións sobre o traballo de menores e mulleres, etc.

Aínda que, en realidade, é desde a fin da I Guerra Mundial cando se considera o dereito laboral como unha auténtica disciplina xurídica independente do dereito civil e que implica a aparición do contrato de traballo con plena entidade e en substitución do contrato de arrendamento de servizos civil. O contrato de traballo foi regulado por primeira vez no Código de traballo de Primo de Rivera de 1926, aínda que habería que esperar ata a Lei de contrato de traballo de 1931 para que se configurase como institución xurídica diferenciada do contrato de arrendamento de servizos. Pártese do seu concepto romano, *duorum vel plurium in idem placitum consensus animus contrahendi obligationis*, que recollería despois o Código civil no artigo 1254, consagrando a autonomía da vontade a continuación, no artigo 1255.

A referencia éo *ab initio* ao traballo asalariado e parte da consideración de que ambas as dúas partes, empregador ou empresario e traballador, non se atopen vinculadas por normas doutra natureza, que sería xeralmente a administrativa.

Os autores definen o dereito laboral como aquela parte do ordenamento xurídico que agrupa unha serie de normas xurídicas que tratan de solucionar e ordenar aqueles conflitos que poidan xurdir entre os que se atopen vinculados por relacións de traballo asalariado.

En consecuencia, no dereito do traballo podemos distinguir dous suxeitos perfectamente diferenciados: o patrón, empregador ou empresario e o traballador. O primeiro é o que dirixe a actividade e adquire a propiedade do resultado desa actividade, mentres que o segundo é aquel que realiza unha actividade de servizo e percibe unha retribución a cambio. Destas figuras tratarase na segunda epígrafe por constituír unha especialidade do

dereito laboral.

Estamos ante unha materia que se volveu sumamente prolífica, e iso debido ao incremento tanto do número de traballadores como da variedade das súas cualificacións profesionais, e iso converteu o dereito laboral nun perfecto exemplo do que no estudo da técnica e dos sistemas normativos se denomina fenómeno de "legal polution". Ademais deben engadirse outros colectivos como os traballadores do sector público e a peculiaridade que supuxo a irrupción das empresas de traballo temporal (en diante, ETT).

Por outra parte, é necesario recalcar que o denominado dereito do traballo ou dereito laboral engloba toda unha serie de disciplinas específicas como son: o dereito procesual laboral, o dereito individual do traballo, o dereito colectivo de traballo e o dereito administrativo do traballo.

Con todo, é certo que se produce un xiro copernicano coa promulgación da vixente Constitución do 27 de decembro de 1978, que exixiu a inmediata adaptación da normativa precedente ao seu sistema de valores e principios que propugna e consagra, e, finalmente, cabe sinalar que un proceso similar, e que vén pechar o sistema ou o ciclo, tivo lugar coa incorporación de España á entón denominada Comunidade Económica Europea (CEE), agora Comunidade Europea e Unión Europea, o 12 de xuño de 1986, xa que a dita incorporación, debido aos principios propios do dereito comunitario (primacía, efecto directo e acervo comunitario), exixiron igualmente a adaptación da normativa dos estados membros aos seus regulamentos e directivas. Así xurdiu o dereito laboral comunitario.

2. ESPECIALIDADES E CARACTERÍSTICAS

O dereito laboral, como se apuntou no comezo do tema, regula unha parcela da actividade humana, e é a relativa ao traballo que se realiza libremente por conta allea e en réxime de dependencia.

O tratamento da especialidade do dereito laboral exige partir da exexese do artigo 1 do Estatuto dos Traballadores aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo (en diante, ET), que establece: *Esta lei será de aplicación aos traballadores que voluntariamente presten os seus servizos retribuídos por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario*".

O ET considera empresarios todas as persoas, físicas ou xurídicas, ou comunidades de bens que reciban a prestación de servizos das persoas a que aludía o artigo 1.1., así como das persoas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de traballo temporal legalmente constituídas.

Non obstante, o ET exclúe do seu ámbito de aplicación:

- a) A relación de servizo dos funcionarios públicos, que se regulará polo Estatuto da función pública, así como a do persoal ao servizo do Estado, as corporacións locais e as entidades públicas autónomas, cando, ao abeiro dunha lei, a dita relación se regule por normas administrativas ou estatutarias.
- b) As prestacións persoais obrigatorias.
- c) A actividade que se limite, pura e simplemente, ao mero desempeño do cargo de conselleiro ou membro dos órganos de administración nas empresas que revistan a forma xurídica de sociedade e sempre que a súa actividade na empresa só comporte a realización de labores inherentes a tal cargo.
- d) Os traballos realizados a título de amizade, benevolencia ou boa veciñanza.
- e) Os traballos familiares, salvo que se demostre a condición de asalariados dos que os levan a cabo. Consideraranse familiares, para estes efectos, sempre que convivan co empresario, o cónxuxe, os descendentes, ascendentes e demais parentes por consanguinidade ou afinidade, ata o segundo grao inclusive e, de ser o caso, por adopción.
- f) A actividade das persoas que interveñan en operacións mercantís por conta dun ou máis empresarios, sempre que queden persoalmente obrigados a responder da boa fin da operación asumindo o risco e ventura desta.
- g) En xeral, todo traballo que se efectúe en desenvolvemento de relación distinta da que define o apartado 1 deste artigo.

Para tales efectos entenderase excluída do ámbito laboral a actividade das persoas prestadoras do servizo de transporte ao abeiro de autorizacións administrativas das que sexan titulares, realizada mediante o correspondente prezo, con vehículos comerciais de servizo público cuxa propiedade ou poder directo de disposición posúan, mesmo cando os

eses servizos se realicen de forma continuada para un mesmo cargador ou comercializador.

Finalmente, cómpre sinalar que a lexislación laboral española será de aplicación ao traballo que presten os traballadores españois contratados en España ao servizo de empresas españolas no estranxeiro, sen prexuízo das normas de orde pública aplicables no lugar de traballo. Os ditos traballadores terán, polo menos, os dereitos económicos que lles corresponderían se traballasen en territorio español.

Tamén constitúen unha especialidade do dereito laboral os suxeitos ou partes intervinientes na relación xurídico laboral, o traballador e o empresario. Traballador só pode selo, a diferenza do que acontece co empresario, a persoa natural ou física. O ET rectifica oportunamente unha longa tradición lexislativa segundo a cal o traballador se viña definindo como unha persoa física ou xurídica. Aínda que o **artigo 1.1** non especifica (como se facía no proxecto de lei do ET) que o traballador ha de ser necesariamente «persoa física», só do empresario se predica a posible condición alternativa (persoa física ou xurídica), o que significa que o traballador se concibe exclusivamente como persoa física.

Segundo o artigo 7 do ET, poderán contratar a prestación do seu traballo:

- a) Os que teñan plena capacidade de obrar conforme o disposto no Código civil.
- b) Os menores de dezoito e maiores de dezaseis anos, que vivan de forma independente, con consentimento dos seus pais ou tutores, ou con autorización da persoa ou institución que os teña ao seu cargo.

Se o representante legal dunha persoa de capacidade limitada a autoriza expresa ou tacitamente para realizar un traballo, queda esta tamén autorizada para exercer os dereitos e cumprir os deberes que derivan do seu contrato e para a súa cesación.

- c) Os estranxeiros, de acordo co disposto na lexislación específica sobre a materia.

O **artigo 6** regula o traballo dos menores de dezoito anos e establece certas limitacións, como a prohibición do traballo nocturno. Con carácter xeral prohíbese a admisión ao traballo de menores de 16 anos e debe ser autorizada pola autoridade laboral competente a súa participación en espectáculos públicos.

Pódense distinguir as seguintes clases de empresarios:

- 1)** Persoas físicas, persoas xurídicas e grupos sen personalidade.
- 2)** Poden ser empresarios laborais tanto os individuos e entidades de dereito privado como as de dereito público.
- 3)** Unha singular modalidade de empresario constitúea o titular dunha empresa de traballo temporal (**artigo 1.2 ET**), suxeita á súa regulación específica.

En canto ás características en *stricto sensu* do contrato de traballo, cabe sinalar que este se configura como un negocio xurídico:

- a) Bilateral.** Trátase dunha relación xurídica fundamentalmente bilateral, que xera obrigas para ambas as dúas partes.
- b) Consensual.** O contrato de traballo perfecciónase polo mero consentimento, e desde entón obriga ambas as dúas partes que consentiron na súa realización.
- c) Típico e nomeado.** O contrato de traballo está tipificado, é dicir, regulado normativamente.
- d) Sinalagmático.** O contrato de traballo contén obrigas recíprocas para ambas as dúas partes.
- e) Oneroso.** O contrato de traballo é oneroso porque ambas as dúas partes se benefician mutuamente, unha da prestación de servizos, a outra do salario, e existe unha equivalencia nas prestacións dun e outro.
- f) Conmutativo.** O contrato de traballo é un contrato conmutativo porque a equivalencia das prestacións é certa desde a perfección do contrato.
- g) De duración.** O contrato de traballo pode ser indefinido ou pode ser temporal. Pero non é esta a característica á que se refire cando se di que o contrato de traballo é de duración. O contrato de duración determina que o debedor, neste caso o traballador, se compromete a unha prestación que realizar non de forma instantánea, senón durante un período de tempo indeterminado ou previamente determinado.

3. AS FONTES DO DEREITO DO TRABALLO

En sentido material, fonte é o lugar por onde sae ou mana a auga. Desde unha

perspectiva xurídica, o emprego do termo fonte do dereito pode entenderse nun dobre sentido que se complementa, ben como referido ás forzas sociais con capacidade para crear normas xurídicas, ben como categorías básicas a través das que se exteriorizan esas normas xurídicas. En concreto, ao referirnos ás fontes do dereito laboral, quérese facer referencia a qué actos crean ou producen dereito laboral.

Ao referirnos ás fontes do dereito laboral, adóitase distinguir entre fontes de creación ou produción do dereito laboral (fontes en sentido propio, substantivo ou material) e fontes formais (que son fontes en sentido instrumental ou translativo).

O sistema de fontes do dereito laboral presenta unha peculiaridade notable en tanto que os suxeitos implicados, empresarios e traballadores, son dotados, a través dos seus respectivos representantes, da potestade de crear dereito, ao ser fonte do dereito laboral o acordo ou o convenio colectivo.

O propio tema xenérico das fontes do dereito no ordenamento xurídico español exige unha reinterpretación a partir da promulgación da vixente Constitución, e iso porque debe advertirse que, aínda que é certo que tradicionalmente o sistema de fontes se contiña no título preliminar do CC (artigo 1.1: as fontes do ordenamento xurídico español son a lei, o costume e os principios xerais do dereito), tamén é certo que ese precepto non se entendeu derogado pola doutrina, senón reinterpretado á luz do principio de supremacía constitucional que coloca a nosa carta magna nunha posición superior á da lei; e esta é a base da que se parte ao estudar as fontes do dereito laboral como disciplina concreta do ordenamento xurídico español.

Así tamén resulta que as fontes do dereito laboral se atopan xerarquizadas. O estudo desta cuestión abórdase na seguinte epígrafe.

As fontes do dereito laboral atópanse reguladas no artigo 3 do ET, que establece que *os dereitos e obrigas concernentes á relación laboral son regulados:*

a) Polas disposicións legais e regulamentarias do Estado.

b) Polos convenios colectivos.

c) Pola vontade das partes manifestada no contrato de traballo, sendo o seu obxecto lícito e sen que en ningún caso poidan establecerse en prexuízo do traballador condicións

menos favorables ou contrarias ás disposicións legais e convenios colectivos antes expresados.

d) Polos usos e costumes locais e profesionais.

Os usos e costumes só se aplicarán en defecto de disposicións legais, convencionais ou contractuais, a non ser que contén cunha recepción ou remisión expresa.

Os traballadores non poderán dispor validamente, antes ou despois da súa adquisición, dos dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais de dereito necesario. Tampouco poderán dispor validamente dos dereitos recoñecidos como indispoñibles por convenio colectivo.

Cómpre recordar que xa o artigo 6.2 do título preliminar do Código civil afirmaba que a exclusión voluntaria da lei aplicable e a renuncia aos dereitos nela recoñecidos só serán válidas cando non contraríen o interese público nin prexudiquen a terceiros, e en materia de sucesións o mesmo corpo legal dispón, no artigo 816, que toda renuncia ou transacción sobre a lexítima futura entre o que a debe e os seus herdeiros forzosos é nula, e estes poderán reclamala cando morra aquel e ao regular a prescrición no artigo 1935; e, na mesma liña, afirma que as persoas con capacidade para allear poden renunciar á prescrición gañada, pero non ao dereito de prescribir para o sucesivo; e o 1937 conclúe que: os acredores, ou calquera persoa interesada en facer valer a prescrición, poderán utilizala a pesar da renuncia expresa ou tácita do debedor ou propietario.

Así, o artigo 4 do ET dispón que *os traballadores teñen como dereitos básicos, co contido e alcance que para cada un destes dispoña a súa específica normativa, os de:*

a) Traballo e libre elección de profesión ou oficio.

b) Libre sindicación.

c) Negociación colectiva.

d) Adopción de medidas de conflito colectivo.

e) Folga.

f) Reunión.

g) Información, consulta e participación na empresa.

E engade que, na relación de traballo, os traballadores teñen dereito:

- a) Á ocupación efectiva.*
 - b) Á promoción e formación profesional no traballo, incluída a dirixida á súa adaptación ás modificacións operadas no posto de traballo, así como ao desenvolvemento de plans e accións formativas tendentes a favorecer a súa maior empregabilidade.*
 - c) A non ser discriminados directa ou indirectamente para o emprego, ou unha vez empregados, por razóns de sexo, estado civil, idade dentro dos límites marcados por esta lei, orixe racial ou étnica, condición social, relixión ou conviccións, ideas políticas, orientación sexual, afiliación ou non a un sindicato, así como por razón de lingua, dentro do Estado español.*
- Tampouco poderán ser discriminados por razón de discapacidade, sempre que se achasen en condicións de aptitude para desempeñar o traballo ou emprego de que se trate.*
- d) Á súa integridade física e a unha axeitada política de seguridade e hixiene.*
 - e) Ao respecto da súa intimidade e á consideración debida á súa dignidade, comprendida a protección fronte ao acoso por razón de orixe racial ou étnica, relixión ou conviccións, discapacidade, idade ou orientación sexual, e fronte ao acoso sexual e ao acoso por razón de sexo.*
 - f) Á percepción puntual da remuneración pactada ou legalmente establecida.*
 - g) Ao exercicio individual das accións derivadas do seu contrato de traballo.*
 - h) A cantos outros deriven especificamente do contrato de traballo.*

4. O PRINCIPIO DE XERARQUÍA NORMATIVA

O artigo 3, apartados 2 e 3, do ET continúa dicindo: As disposicións legais e regulamentarias aplicaranse con suxeición estrita ao principio de xerarquía normativa. As disposicións regulamentarias desenvolverán os preceptos que establecen as normas de rango superior, pero non poderán establecer condicións de traballo distintas ás establecidas polas leis a desenvolver.

Os conflitos orixinados entre os preceptos de dúas ou máis normas laborais, tanto estatais como pactadas, que deberán respectar en todo caso os mínimos de dereito necesario,

resolveranse mediante a aplicación do máis favorable para o traballador apreciado no seu conxunto, e en cómputo anual, respecto dos conceptos cuantificables.

O principio de xerarquía normativa é consagrado pola vixente Constitución española do 27 de decembro de 1978 (en diante CE) no seu artigo 9.3., e o artigo 1.2 do CC establece que: *carecerán de validez as disposicións que contradigan outras de rango superior.* O dito principio implica, polo tanto, que entre as denominadas fontes formais existe unha determinada ordenación que é xerárquica porque unhas son de aplicación prioritaria sobre outras; tal prioridade supón a nulidade da norma de rango inferior que se opón a outra de rango superior ou pretende impórsele.

En concreto, a xerarquización das fontes do dereito laboral é a seguinte:

1. Constitución
2. tratados internacionais publicados oficialmente en España
3. leis e disposicións con rango de lei
4. regulamentos
5. convenios colectivos
6. costumes e usos locais ou profesionais.

A Constitución configúrase como norma superior do ordenamento xurídico. Nese sentido maniféstase o artigo 5 da Lei orgánica do poder xudicial, LO 6/1985, do 1 de xullo (en diante LOPX), que afirma: *A Constitución é a norma suprema do ordenamento xurídico, e vincula todos os xuíces e tribunais, os que interpretarán e aplicarán as leis e os regulamentos segundo os preceptos e principios constitucionais, conforme a interpretación destes que resulte das resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

Os tratados internacionais aparecen regulados nos artigos 93 a 96 da CE, e ao seu carácter de fonte fai referencia o artigo 1.5 do CC, que afirma que *as normas xurídicas contidas nos tratados internacionais non serán de aplicación directa en España mentres non pasasen a formar parte do ordenamento interno mediante a súa publicación íntegra no BOE.* En sentido similar, o artigo 96 CE dispón que *os tratados internacionais, validamente celebrados, unha vez publicados oficialmente en España, formarán parte do*

ordenamento interno. As súas disposicións só poderán ser derogadas, modificadas ou suspendidas na forma prevista nos propios tratados ou de acordo coas normas xerais de dereito internacional.

Polo que se refire ás leis e demais disposicións con forza de lei, unicamente cabe sinalar que se entenden incluídas as leis orgánicas, as leis ordinarias tanto estatais como autonómicas (que se distinguen aplicando o principio de competencia, non o de xerarquía normativa), os reais decretos legislativos e os reais decretos leis validados ou durante ese período intermedio que abrangue desde a súa adopción ata a votación sobre a súa validación ou derogación.

O regulamento alude a toda disposición xurídica de carácter xeral ditada pola Administración pública e con valor subordinado á lei, e iso con independencia de que se trate de regulamentos independentes, executivos ou de necesidade.

O artigo 23.3 da lei do Goberno, Lei 50/1997, establece que *os regulamentos se axustarán ás seguintes normas de competencia e xerarquía:*

- 1. Disposicións aprobadas por real decreto do presidente do Goberno ou do Consello de Ministros.*
- 2. Disposicións aprobadas por orde ministerial. Ningún regulamento poderá vulnerar preceptos doutro de xerarquía superior.*

Dos convenios colectivos tratarase na próxima epígrafe, e, en canto aos usos ou costumes locais ou profesionais, cómpre recordar que só se aplicarán en defecto de disposicións legais, convencionais ou contractuais, a non ser que contén cunha recepción ou remisión expresa.

Hai que matizar que o sistema de relacións laborais deseñado polo constituínte se encadra no ámbito do estado social e democrático de dereito, polo que, xunto aos dereitos individuais tradicionalmente recoñecidos nas constitucións, se recoñecen unha serie de dereitos de contido social que implican unha actuación por parte do Estado no concernente ao emprego en xeral e ás condicións de traballo en particular.

Ademais, hai que destacar que, dentro do recoñecemento de intereses colectivos de traballadores e empresarios, se regulan por consideralos merecedores dunha especial

protección os sindicatos (artigo 7) e, xunto á liberdade sindical, recoñécese e regúlase igualmente o dereito de folga (artigo 28), así como o dereito á negociación colectiva laboral (artigo 37).

Con todo, é importante recoller tres puntos esenciais que definen a posición do Tribunal Constitucional na interrelación dereitos individuais-dereitos colectivos:

- Non pode defenderse a existencia dun xenérico deber de lealdade a cargo do traballador cun significado de suxeición indiferenciada do traballador ao interese empresarial.
- A celebración dun contrato de traballo non implica para o traballador a privación dos dereitos que a propia Constitución lle recoñece como cidadán.
- E, finalmente, hai que destacar que o anterior non significa que a invocación dun dereito fundamental poida servir para xustificar a imposición ao empresario de modificacións da concreta relación contractual, ou a ruptura do correspondente marco normativo ou o incumprimento dos deberes laborais do traballador.

5. OS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABALLO: CONCEPTO E NATUREZA. RÉXIME XURÍDICO. PARTES. PROCEDEMENTO E CONTIDO

Atópanse regulados no título III do ET baixo a rúbrica: "Da negociación colectiva e dos convenios colectivos".

O **artigo 82 ET** define os convenios colectivos como o "*resultado da negociación desenvolvida polos representantes dos traballadores e dos empresarios, e constitúen a expresión do acordo libremente adoptado por eles en virtude da súa autonomía colectiva*".

Polo tanto, mediante os convenios colectivos, e no seu ámbito correspondente, os traballadores e empresarios regulan as condicións de traballo e de produtividade e igualmente poderán regular a paz laboral a través das obrigas que se pacten.

Ademais, os citados convenios colectivos obrigan a todos os empresarios e traballadores incluídos dentro do seu ámbito de aplicación e durante todo o tempo da súa vixencia.

Sen prexuízo do anterior, cando concorran causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores lexitimados para negociar un convenio colectivo, poderase proceder, logo do

desenvolvemento do período de consultas nos termos do artigo 41.4, a inaplicar na empresa as condicións de traballo previstas no convenio colectivo aplicable, sexa este de sector ou de empresa, que afecten ás seguintes materias:

- a) Xornada de traballo.
- b) Horario e distribución do tempo de traballo.
- c) Réxime de traballo a quendas.
- d) Sistema de remuneración e contía salarial.
- e) Sistema de traballo e rendemento.
- f) Funcións, cando excedan os límites que para a mobilidade funcional prevé o artigo 39 desta lei.
- g) Melloras voluntarias da acción protectora da Seguridade Social.

Enténdese que concorren causas económicas cando dos resultados da empresa se desprenda unha situación económica negativa, en casos tales como a existencia de perdas actuais ou previstas, ou a diminución persistente do seu nivel de ingresos ordinarios ou vendas. En todo caso, entenderase que a diminución é persistente se durante dous trimestres consecutivos o nivel de ingresos ordinarios ou vendas de cada trimestre é inferior ao rexistrado no mesmo trimestre do ano anterior.

Enténdese que concorren causas técnicas cando se produzan cambios, entre outros, no ámbito dos medios ou instrumentos de produción; causas organizativas cando se produzan cambios, entre outros, no ámbito dos sistemas e métodos de traballo do persoal ou no modo de organizar a produción, e causas produtivas cando se produzan cambios, entre outros, na demanda dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado.

A intervención como interlocutores ante a dirección da empresa no procedemento de consultas corresponderalles aos suxeitos indicados no artigo 41.4, na orde e condicións sinalados neste.

Cando o período de consultas finalice con acordo presumirase que concorren as causas xustificativas a que alude o parágrafo segundo, e só poderá ser impugnado ante a

xurisdición social pola existencia de fraude, dolo, coacción ou abuso de dereito na súa conclusión. O acordo deberá determinar con exactitude as novas condicións de traballo aplicables na empresa e a súa duración, que non poderá prolongarse máis alá do momento en que resulte aplicable un novo convenio na dita empresa. O acordo de inaplicación non poderá dar lugar ao incumprimento das obrigas establecidas en convenio relativas á eliminación das discriminacións por razóns de xénero ou das que estivesen previstas, se é o caso, no Plan de Igualdade aplicable na empresa. Así mesmo, o acordo deberá ser notificado á comisión paritaria do convenio colectivo.

En caso de desacordo durante o período de consultas, calquera das partes poderá someter a discrepancia á comisión do convenio, que disporá dun prazo máximo de sete días para pronunciarse, contados desde que a discrepancia lle fose formulada. Cando non se solicitase a intervención da comisión ou esta non alcanzase un acordo, as partes deberán recorrer aos procedementos que se establecesen nos acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico, previstos no artigo 83 da lei, para solucionar de xeito efectivo as discrepancias xurdidas na negociación dos acordos a que se refire este apartado, incluído o compromiso previo de someter as discrepancias a unha arbitraxe vinculante, caso en que o laudo arbitral terá a mesma eficacia que os acordos en período de consultas e só será recorrible conforme o procedemento e baseándose nos motivos establecidos no artigo 91.

Cando o período de consultas finalice sen acordo e non fosen aplicables os procedementos antes sinalados ou estes non solucionasen a discrepancia, calquera das partes poderá someter a solución desta á Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cando a inaplicación das condicións de traballo afectase a centros de traballo da empresa situados no territorio de máis dunha comunidade autónoma, ou aos órganos correspondentes das comunidades autónomas nos demais casos. A decisión destes órganos, que poderá ser adoptada no seu propio seo ou por un árbitro designado *ad hoc* por eles coas debidas garantías para asegurar a súa imparcialidade, deberase ditar en prazo non superior a vinte e cinco días, contados desde a data do sometemento do conflito ante os ditos órganos. Tal decisión terá a eficacia dos acordos alcanzados en período de consultas e só será recorrible conforme o procedemento e baseándose nos motivos establecidos no artigo 91.

O resultado dos procedementos anteriores que finalizase coa inaplicación de condicións de traballo deberá ser comunicado á autoridade laboral para os efectos de depósito.

Ao respecto debe pórse de manifesto que, como sinalou a STC 119/2014, do 16 de xullo, publicada no BOE número 198 do 15 de agosto de 2014:

(...) no suposto regulado no art. 82.3 ET, o que pretende unha das partes é a inaplicación de determinadas condicións de traballo nos termos previstos no convenio colectivo aplicable e, polo tanto, a súa modificación para unha empresa concreta.

A citada sentenza declara constitucional o apartado 3, parágrafo oitavo, segundo interpretación contida no fundamento xurídico 5 B desta, e sinala a tal respecto que:

No caso da intervención decisoria ou arbitral que agora nos ocupa, a norma impugnada determina que a decisión da CCNCC ou do órgano autonómico correspondente, xa sexa adoptada no seu propio seo ou por un árbitro designado para o efecto polos ditos órganos coas debidas garantías de imparcialidade, "só será recorrible conforme o procedemento e baseándose nos motivos establecidos no artigo 91" LET. O seu apartado 2 determina que "Estes acordos e laudos serán susceptibles de impugnación polos motivos e conforme os procedementos previstos para os convenios colectivos. Especificamente caberá o recurso contra o laudo arbitral no caso de que non se observasen no desenvolvemento da actuación arbitral os requisitos e formalidades establecidos para o efecto, ou cando o laudo resolverse sobre puntos non sometidos á súa decisión". Á súa vez, esa remisión aos motivos e procedementos establecidos para os convenios colectivos leva consigo a posibilidade de impugnación xudicial por considerar que a decisión ou laudo arbitral "conculca a legalidade vixente ou lesiona gravemente o interese de terceiros" (...). En consecuencia, o conxunto destas previsións permite concluír que o art. 82.3 ET, parágrafo oitavo, somete expresamente a decisión arbitral da CCNCC ou do órgano autonómico correspondente a un control xudicial que non se limita a aspectos externos ou procedementais; esténdese tamén a aspectos de fondo do asunto obxecto da decisión ou arbitraje. (...).

A partir desta regulación normativa, non cabe excluír que esa intervención xudicial derivada do art. 82.3 LET permita aos tribunais ordinarios efectuar un control pleno sobre a decisión ou laudo arbitral naqueles aspectos xurídicos que, pola súa natureza, poidan

ser obxecto da competencia e coñecemento xurisdiccional. Así entendida, polo tanto, a intervención da CCNCC ou órgano autonómico correspondente prevista na norma impugnada -con carácter subsidiario, como xa se dixo-, en canto trámite previo ao proceso é plenamente compatible co art. 24.1 CE; en ningún caso exclúe o ulterior coñecemento xurisdiccional da cuestión e o seu fin resulta proporcionado e xustificado, (...).

RÉXIME XURÍDICO

O artigo 83 sinala, en canto ás unidades de negociación, que os convenios colectivos terán o ámbito de aplicación que as partes acorden.

As organizacións sindicais e asociacións empresariais máis representativas, de carácter estatal ou de comunidade autónoma, poderán establecer, mediante acordos interprofesionais, cláusulas sobre a estrutura da negociación colectiva, e fixarán, de ser o caso, as regras que han de resolver os conflitos de concorrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas tamén poden ser pactadas en convenios ou acordos colectivos sectoriais, de ámbito estatal ou autonómico, por aqueles sindicatos e asociacións empresariais que contén coa lexitimación necesaria.

Estas organizacións de traballadores e empresarios poderán tamén elaborar acordos sobre materias concretas. Estes acordos, así como os acordos interprofesionais aos que nos referimos, teñen o mesmo tratamento que os convenios colectivos.

En canto á concorrencia, o artigo 84 ET dispón que: *un convenio colectivo, durante a súa vixencia, non poderá ser afectado polo disposto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario* negociado conforme o disposto no artigo 83.2 e salvo o previsto no apartado seguinte.

E así, en canto a tal excepción, dispón o ET que a regulación das condicións establecidas nun convenio de empresa pode negociarse en calquera momento da vixencia de convenios colectivos de ámbito superior, e terá prioridade aplicativa respecto do convenio sectorial estatal, autonómico ou de ámbito inferior nas seguintes materias:

- a) A contía do salario base e dos complementos salariais.
- b) O aboamento ou a compensación das horas extraordinarias e a retribución específica do

traballo a quendas.

- c) O horario e a distribución do tempo de traballo, o réxime de traballo a quendas e a planificación anual das vacacións.
- d) A adaptación ao ámbito da empresa do sistema de clasificación profesional dos traballadores.
- e) A adaptación dos aspectos das modalidades de contratación que son atribuídos por esta lei aos convenios de empresa.
- f) As medidas para favorecer a conciliación entre a vida laboral, familiar e persoal.
- g) Aqueloutras que dispoñan os acordos e convenios colectivos a que se refire o artigo 83.2.

Igual prioridade aplicativa terán nestas materias os convenios colectivos para un grupo de empresas ou unha pluralidade de empresas vinculadas por razóns organizativas ou produtivas e nominativamente identificadas a que se refire o artigo 87.1.

Os acordos e convenios colectivos a que se refire o artigo 83.2 non poderán dispor da prioridade aplicativa que acabamos de sinalar.

Salvo pacto en contrario negociado segundo o artigo 83.2, os sindicatos e as asociacións empresariais que reúnan os requisitos de lexitimación dos artigos 87 e 88 desta lei poderán, no ámbito dunha comunidade autónoma, negociar acordos ou convenios que afecten ao disposto nos de ámbito estatal sempre que esa decisión obteña o apoio das maiorías exixidas para constituír a comisión negociadora na correspondente unidade de negociación. En tal suposto, e salvo que resultase de aplicación un réxime distinto establecido mediante acordo ou convenio colectivo de ámbito estatal negociado segundo o artigo 83.2, consideraranse materias non negociables no ámbito dunha comunidade autónoma o período de proba, as modalidades de contratación, a clasificación profesional, a xornada máxima anual de traballo, o réxime disciplinario, as normas mínimas en materia de prevención de riscos laborais e a mobilidade xeográfica.

Polo que respecta á vixencia dos convenios, hai que aterse ao teor do disposto polo **artigo 86**, que entende que lle corresponde ás partes negociadoras establecer a duración dos convenios, e poderán eventualmente pactarse distintos períodos de vixencia para cada

materia ou grupo homoxéneo de materias dentro do mesmo convenio.

Durante a vixencia do convenio colectivo, os suxeitos que reúnan os requisitos de lexitimación previstos nos artigos 87 e 88 desta lei poderán negociar a súa revisión.

Salvo pacto en contrario, os convenios colectivos prorrogaranse de ano en ano se non mediase denuncia expresa das partes.

A vixencia dun convenio colectivo, unha vez denunciado e concluída a duración pactada, producirase nos termos que se establecesen no propio convenio.

Durante as negociacións para a renovación dun convenio colectivo, en defecto de pacto, manterase a súa vixencia, aínda que as cláusulas convencionais polas que se renunciase á folga durante a vixencia dun convenio decaerán a partir da súa denuncia. As partes poderán adoptar acordos parciais para a modificación dalgún ou algúns dos seus contidos prorrogados co fin de adaptalos ás condicións nas que, tras a terminación da vixencia pactada, se desenvolva a actividade no sector ou na empresa. Estes acordos terán a vixencia que as partes determinen.

Mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico, previstos no artigo 83, deberanse establecer procedementos de aplicación xeral e directa para solucionar de xeito efectivo as discrepancias existentes tras o transcurso dos prazos máximos de negociación sen alcanzarse un acordo, incluídos o compromiso previo de someter as discrepancias a unha arbitrase, caso en que o laudo arbitral terá a mesma eficacia xurídica que os convenios colectivos e só será recorrible conforme o procedemento e baseándose nos motivos establecidos no artigo 91. Os devanditos acordos interprofesionais deberán especificar os criterios e procedementos de desenvolvemento da arbitrase, e expresarán en particular para o caso de imposibilidade de acordo no seo da comisión negociadora o carácter obrigatorio ou voluntario do sometemento ao procedemento arbitral polas partes; en defecto de pacto específico sobre o carácter obrigatorio ou voluntario do sometemento ao procedemento arbitral, entenderase que a arbitrase ten carácter obrigatorio.

Transcorrido un ano desde a denuncia do convenio colectivo sen que se acordase un novo convenio ou ditase un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vixencia e aplicarase, se o houbese, o convenio colectivo de ámbito superior que fose de aplicación.

O convenio que sucede a un anterior derroga na súa integridade este último, salvo os aspectos que expresamente se manteñan.

CONTIDO

O contido establéceo o artigo 85 do ET, que afirma que: *dentro do respecto ás leis, os convenios colectivos poderán regular materias de índole económica, laboral, sindical e, en xeral, cantas outras afecten ás condicións de emprego e ao ámbito de relacións dos traballadores e as súas organizacións representativas co empresario e as asociacións empresariais, incluídos procedementos para resolver as discrepancias xurdidas nos períodos de consulta previstos nos artigos 40, 41, 47 e 51 desta lei; os laudos arbitrais que para estes efectos poidan ditarse terán a mesma eficacia e tramitación que os acordos no período de consultas, e serán susceptibles de impugnación nos mesmos termos que os laudos ditados para a solución das controversias derivadas da aplicación dos convenios.*

Sen prexuízo da liberdade das partes para determinar o contido dos convenios colectivos, na negociación destes existirá, en todo caso, deber de negociar medidas dirixidas a promover a igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no ámbito laboral ou, de ser o caso, plans de igualdade (co alcance e contido previsto no capítulo III do título IV da Lei orgánica para a igualdade efectiva de mulleres e homes).

A través da negociación colectiva poderase:

- articular procedementos de información e seguimento dos despedimentos obxectivos, no ámbito correspondente.
- así mesmo, sen prexuízo da liberdade de contratación que se lles recoñece ás partes, a través da negociación colectiva articularase o deber de negociar plans de igualdade nas empresas de máis de douscentos cincuenta traballadores do seguinte xeito:

a) Nos convenios colectivos de **ámbito empresarial**, o deber de negociar formalizarase no marco da negociación dos devanditos convenios.

b) Nos convenios colectivos de **ámbito superior á empresa**, o deber de negociar formalizarase a través da negociación colectiva que se desenvolva na empresa nos termos e condicións que se establecesen nos indicados convenios para cumprir o dito deber de

negociar a través das oportunas regras de complementariedade.

Sen prexuízo da liberdade de contratación, os convenios colectivos deberán expresar como contido mínimo o seguinte:

- a) Determinación das partes que os concertan.
- b) Ámbito persoal, funcional, territorial e temporal.
- c) Procedementos para solucionar de xeito efectivo as discrepancias que poidan xurdir para a non aplicación das condicións de traballo a que se refire o artigo 82.3, e adaptarán, de ser o caso, os procedementos que se establezan a este respecto nos acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico conforme o disposto en tal artigo.
- d) Forma e condicións de denuncia do convenio, así como prazo mínimo para esa denuncia antes de finalizar a súa vixencia.
- e) Designación dunha comisión paritaria da representación das partes negociadoras para entender daquelas cuestións establecidas na lei e de cantas outras lle sexan atribuídas, así como o establecemento dos procedementos e prazos de actuación desta comisión, incluído o sometemento das discrepancias producidas no seu seo aos sistemas non xudiciais de solución de conflitos establecidos mediante os acordos interprofesionais de ámbito estatal ou autonómico previstos no artigo 83.

PARTES DO CONVENIO

O **artigo 87 ET** regula a denominada lexitimación que se concreta na determinación das que poden ser partes no convenio colectivo. Así, determina que en representación dos traballadores estarán lexitimados para negociar **nos convenios de empresa e de ámbito inferior** o comité de empresa, os delegados de persoal, de ser o caso, ou as seccións sindicais se as houbese que, no seu conxunto, sumen a maioría dos membros do comité. A intervención na negociación corresponderalles ás seccións sindicais cando estas así o acorden, sempre que sumen a maioría dos membros do comité de empresa ou entre os delegados de persoal.

Cando se trate de **convenios para un grupo de empresas**, así como nos convenios que afecten a unha pluralidade de empresas vinculadas por razóns organizativas ou produtivas e nominativamente identificadas no seu ámbito de aplicación, a lexitimación para negociar

en representación dos traballadores será a que se establece no apartado 2 deste artigo para a negociación dos convenios sectoriais.

Nos **convenios dirixidos a un grupo de traballadores con perfil profesional específico**, estarán lexitimados para negociar as seccións sindicais que fosen designadas maioritariamente polos seus representados a través de votación persoal, libre, directa e secreta.

Nos **convenios sectoriais** estarán lexitimados para negociar en representación dos traballadores:

a) Os sindicatos que teñan a consideración de máis representativos a nivel estatal, así como, nos seus respectivos ámbitos, as organizacións sindicais afiliadas, federadas ou confederadas a estes.

b) Os sindicatos que teñan a consideración de máis representativos a nivel de comunidade autónoma respecto dos convenios que non transcendan do dito ámbito territorial, así como, nos seus respectivos ámbitos, as organizacións sindicais afiliadas, federadas ou confederadas a estes.

c) Os sindicatos que contén cun mínimo do dez por cento dos membros dos comités de empresa ou delegados de persoal no ámbito xeográfico e funcional ao que se refira o convenio.

En representación dos empresarios, estarán lexitimados para negociar:

a) Nos **convenios de empresa ou ámbito inferior**, o propio empresario.

b) Nos **convenios de grupo de empresas** e nos que afecten a unha pluralidade de empresas vinculadas por razóns organizativas ou produtivas e nominativamente identificadas no seu ámbito de aplicación, a representación das ditas empresas.

c) Nos **convenios colectivos sectoriais**, as asociacións empresariais que no ámbito xeográfico e funcional do convenio contén co dez por cento dos empresarios e sempre que estas dean ocupación a igual porcentaxe dos traballadores afectados, así como aquelas asociacións empresariais que nese ámbito dean ocupación ao quince por cento dos traballadores afectados.

Naqueles sectores en que non existan asociacións empresariais que contén coa suficiente

representatividade, estarán lexitimadas para negociar os correspondentes convenios colectivos de sector as asociacións empresariais de ámbito estatal que contén co dez por cento ou máis das empresas ou traballadores no ámbito estatal, así como as asociacións empresariais de comunidade autónoma que contén nesta cun mínimo do quince por cento das empresas ou traballadores.

Así mesmo, estarán lexitimados nos convenios de ámbito estatal os sindicatos de comunidade autónoma que teñan a consideración de máis representativos (conforme o previsto no [artigo 7.1](#) da Lei orgánica de liberdade sindical) e as asociacións empresariais da comunidade autónoma (que reúnan os requisitos sinalados na disposición adicional sexta desta lei).

Todo sindicato, federación ou confederación sindical, e toda asociación empresarial que reúna o requisito de lexitimación, terá dereito a formar parte da comisión negociadora.

Pola súa parte, o **artigo 88** regula a comisión negociadora, establecendo a este respecto que *a repartición de membros con voz e voto no seo da comisión negociadora se efectuará con respecto ao dereito de todos os lexitimados e en proporción á súa representatividade.*

A comisión negociadora quedará validamente constituída cando os sindicatos, federacións ou confederacións e as asociacións empresariais a que se refire o artigo anterior representen como mínimo, respectivamente, a maioría absoluta dos membros dos comités de empresa e delegados de persoal, de ser o caso, e empresarios que ocupen a maioría dos traballadores afectados polo convenio.

Naqueles sectores en que non existan órganos de representación dos traballadores, entenderase validamente constituída a comisión negociadora cando esta estea integrada polas organizacións sindicais que teñan a condición de máis representativas no ámbito estatal ou de comunidade autónoma.

Naqueles sectores en que non existan asociacións empresariais que contén coa suficiente representatividade, entenderase validamente constituída a comisión negociadora cando esta estea integrada polas organizacións empresariais estatais ou autonómicas referidas no parágrafo segundo do [artigo 87.3 c](#)).

Nos supostos citados a repartición dos membros da comisión negociadora efectuarase en proporción á representatividade que teñan as organizacións sindicais ou empresariais no ámbito territorial da negociación.

A designación dos compoñentes da comisión corresponderá ás partes negociadoras, as cales de mutuo acordo poderán designar un presidente e contar coa asistencia nas deliberacións de asesores, que intervirán, igual que o presidente, con voz pero sen voto.

Nos convenios sectoriais o número de membros en representación de cada parte non excederá os quince. No resto dos convenios non se superará o número de trece.

Pero se a comisión negociadora optase pola non elección dun presidente, as partes deberán consignar na acta da sesión constitutiva da comisión os procedementos que se van empregar para moderar as sesións e asinar as actas que correspondan a estas, un representante de cada unha delas, xunto co secretario.

PROCEDEMENTO

- Tramitación, aplicación e interpretación

O **artigo 89** afirma que *a representación dos traballadores, ou dos empresarios, que promova a negociación comunicarallo á outra parte, e expresará detalladamente na comunicación, que deberá facerse por escrito, a lexitimación que posúe de conformidade cos artigos anteriores, os ámbitos do convenio e as materias obxecto de negociación. Se a promoción é o resultado da denuncia dun convenio colectivo vixente, a comunicación deberá efectuarse simultaneamente co acto da denuncia (desta comunicación enviarase copia, para os efectos de rexistro, á autoridade laboral correspondente en función do ámbito territorial do convenio).*

A parte receptora da comunicación só poderá negarse á iniciación das negociacións por causa legal ou convencionalmente establecida, ou cando non se trate de revisar un convenio xa vencido; en calquera caso deberase contestar por escrito e motivadamente. Ambas as dúas partes estarán obrigadas a negociar baixo o principio da boa fe.

Se se producen violencias, tanto sobre as persoas como sobre os bens, e ambas as dúas partes comprobasen a súa existencia, quedará suspendida de inmediato a negociación en curso ata a desaparición daquelas.

No prazo máximo dun mes a partir da recepción da comunicación, procederase a constituír a comisión negociadora; a parte receptora da comunicación deberá responder á proposta de negociación e ambas as dúas partes establecerán un calendario ou plan de negociación.

Os acordos da comisión requirirán, en calquera caso, o voto favorable da maioría de cada unha das dúas representacións.

En calquera momento das deliberacións, as partes poderán acordar a intervención dun mediador designado por elas.

En canto á súa validez, dispón o ET que *os convenios colectivos a que se refire esta lei deben efectuarse por escrito, baixo sanción de nulidade.*

Os convenios deberán ser presentados ante a autoridade laboral competente, para os únicos efectos de rexistro, dentro do prazo de quince días a partir do momento en que as partes negociadoras o asinen. Unha vez rexistrado, será remitido ao órgano público de mediación, arbitraje e conciliación competente para o seu depósito.

No prazo máximo de vinte días desde a presentación do convenio no rexistro, será disposta pola autoridade laboral a súa publicación obrigatoria e gratuíta no *Boletín Oficial del Estado* ou, en función do seu ámbito territorial, no *Boletín Oficial da Comunidade Autónoma* ou no Boletín Oficial da provincia correspondente.

O convenio entrará en vigor na data en que acorden as partes.

Se a autoridade laboral estimase que algún convenio conculca a legalidade vixente, ou lesiona gravemente o interese de terceiros, dirixirase de oficio á xurisdición competente, a cal adoptará as medidas que procedan co obxecto de emendar supostas anomalías, logo de audiencia das partes. Ademais, a autoridade laboral velará polo respecto ao principio de igualdade nos convenios colectivos que puidesen conter discriminacións, directas ou indirectas, por razón de sexo; para iso poderá solicitar o asesoramento do Instituto da Muller ou dos organismos de Igualdade das comunidades autónomas, segundo proceda polo seu ámbito territorial. Cando a autoridade laboral se dirixa á xurisdición competente por entender que o convenio colectivo puidese conter cláusulas discriminatorias, porao en coñecemento do Instituto da Muller ou dos organismos de Igualdade das comunidades

autónomas, segundo o seu ámbito territorial, sen prexuízo do establecido no apartado 3 do artigo 95 da Lei de procedemento laboral.

O **artigo 91** trata da aplicación e interpretación do convenio colectivo. Así, di que: *sen prexuízo das competencias legalmente atribuídas á xurisdición competente, o coñecemento e resolución das cuestións derivadas da aplicación e interpretación dos convenios colectivos corresponderalle á súa comisión paritaria.*

Non obstante, nos convenios colectivos e nos acordos regulados polo artigo 83.2 e 3 ET, poderanse establecer procedementos, como a mediación e a arbitrase, para a solución das controversias colectivas derivadas da aplicación e interpretación dos convenios colectivos. O acordo logrado a través da mediación e do laudo arbitral terán a eficacia xurídica e tramitación dos convenios colectivos regulados nesta lei, sempre que os que adoptasen o acordo ou subscribisen o compromiso arbitral tivesen a lexitimación que lles permita acordar, no ámbito do conflito, un convenio colectivo.

Estes acordos e laudos serán susceptibles de impugnación polos motivos e conforme os procedementos previstos para os convenios colectivos. Especificamente caberá o recurso contra o laudo arbitral no caso de que non se observasen no desenvolvemento da actuación arbitral os requisitos e formalidades establecidos para o efecto, ou cando o laudo resolverse sobre puntos non sometidos á súa decisión.

Nos supostos de conflito colectivo relativo á interpretación ou aplicación do convenio, deberá intervir a súa comisión paritaria con carácter previo á formulación formal do conflito no ámbito dos procedementos non xudiciais a que se refire o apartado anterior ou ante o órgano xudicial competente.

As resolucións da comisión paritaria sobre interpretación ou aplicación do convenio terán a mesma eficacia xurídica e tramitación que os convenios colectivos regulados nesta lei.

Os procedementos de solución de conflitos a que se refire este artigo serán, así mesmo, de aplicación nas controversias de carácter individual, cando as partes expresamente se sometan a eles.

- Adhesión e extensión

O **artigo 92** afirma que: *nas respectivas unidades de negociación, as partes lexitimadas*

para negociar poderán adherirse, de común acordo, á totalidade dun convenio colectivo en vigor, sempre que non estivesen afectadas por outro, e comunicaranllo á autoridade laboral competente para os efectos de rexistro.

O Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, ou o órgano correspondente das comunidades autónomas con competencia na materia, poderán estender as disposicións dun convenio colectivo en vigor a unha pluralidade de empresas e traballadores ou a un sector ou subsector de actividade, polos prexuízos derivados para estes da imposibilidade de subscribir no dito ámbito un convenio colectivo dos previstos neste título III ET, debida á ausencia de partes lexitimadas para iso.

A decisión de extensión adoptarase sempre por instancia de parte e mediante a tramitación do procedemento que regulamentariamente se determine, cuxa duración non poderá exceder os tres meses; a ausencia de resolución expresa no prazo establecido terá efectos desestimatorios da solicitude.

Terán capacidade para iniciar o procedemento de extensión os que estean lexitimados para promover a negociación colectiva no ámbito correspondente (ex artigos 87.2 e 3 ET).

Por outra parte, resulta obrigado significar que, aínda que, como afirma a exposición de motivos do Decreto 7/2011, do 10 de xuño (BOE n.º 139, do 11 de xuño), o sistema de negociación colectiva existente en España procede fundamentalmente da regulación contida no texto inicial do Estatuto dos traballadores aprobado en 1980, en cumprimento do artigo 35.2 da Constitución, e das prácticas de negociación desenvolvidas nos últimos trinta anos polos empresarios, polos traballadores e, particularmente, polas organizacións representativas dos seus intereses, organizacións empresariais e sindicatos e que o título III do Estatuto dos traballadores, referido á negociación colectiva e aos convenios colectivos, foi redactado tendo ben presentes preceptos da Constitución como o artigo 7 (onde son recoñecidos os sindicatos de traballadores e as asociacións empresariais como unha das bases do noso sistema político, económico e social); o artigo 28 (no que se recoñecen a liberdade sindical e o dereito de folga); e o artigo 37.2 (onde se afirma que a lei garantirá o dereito á negociación colectiva laboral entre os representantes dos traballadores e empresarios, así como a forza vinculante dos convenios colectivos); debe recordarse, tamén, que o título III do Estatuto dos traballadores tivo a súa orixe no

primeiro acordo interprofesional do período constitucional, o Acordo básico interconfederal asinado o 10 de xullo de 1979, tamén é certo que o citado título III do Estatuto dos traballadores de 1980 foi obxecto de reformas desde entón, aínda que estas non foron nin tan numerosas nin tan intensas como as realizadas no resto do articulado da norma estatutaria. A máis importante das reformas realizadas no indicado título III foi a levada a cabo pola Lei 11/1994, que supuxo que espazos ata entón reservados á regulación legal pasasen á regulación colectiva.

O sistema de negociación colectiva en España caracterizouse por certa estabilidade e continuidade no tempo, o que xerou, xunto a efectos moi positivos (como o asentamento dun modelo de relacións laborais e de negociación colectiva que, malia deseñarse para unha realidade económica e sociolaboral radicalmente diferente da existente no momento da súa aprobación, foi adaptándose a unhas circunstancias económicas, sociais e do emprego en constante proceso de cambio), algunhas disfuncións que lle restan eficiencia (particularmente estas concrétanse na capacidade de adaptación ás condicións cambiantes da economía e do emprego e do propio modelo de relacións laborais).

Unha parte deses problemas teñen que ver coa estrutura da negociación colectiva, entendida como a ordenación das relacións entre a pluralidade de unidades de negociación existentes, destacando os autores como características do noso sistema de negociación colectiva a súa excesiva atomización xunto a unha clara desvertebración (pola súa falta de orde ou pola ausencia de regras claras sobre a concorrência entre os convenios colectivos de distinto ámbito e as materias neles reguladas).

Un segundo grupo de problemas da nosa negociación colectiva ten que ver cos seus contidos e a súa axilidade e dinamismo. O noso modelo de convenios colectivos ten dificultades para axustar con prontitude as condicións de traballo presentes na empresa ás circunstancias económicas e produtivas polas que atravesamos nos diferentes momentos do ciclo ou da conxuntura económica. Así, a diferenza do que sucede habitualmente noutros países, os axustes non se produciron incidindo sobre os salarios ou sobre a xornada de traballo, senón a través da adopción de medidas de flexibilidade externa, máis traumáticas, como os despedimentos. A mencionada falta de axilidade e dinamismo destaca en particular cando finaliza a vixencia pactada dos convenios colectivos

(xa que, unha vez denunciados, os convenios tardan en empezarse a negociar, as negociacións dilátanse no tempo e prodúcense situacións de paralización e bloqueo).

Por último, o sistema de negociación colectiva presentaba outros problemas relacionados cos que negocian os convenios colectivos, coas denominadas regras de lexitimación. Así, esas regras mantivéronse sen modificacións no tempo, de maneira que tendencias presentes no noso mercado de traballo, como a aparición de novas realidades empresariais, as diferentes formas de organización e reestruturación das empresas ou a descentralización produtiva, non se viron acompañadas de reformas que propiciasen o desenvolvemento da negociación colectiva en todos eses ámbitos.

Sen dúbida, son as consideracións anteriormente expostas as que levaron o lexislador a incluír na **Lei 35/2010, do 17 de setembro, de medidas urxentes para a reforma do mercado de traballo**, unha disposición na que se emprazaba o Goberno para promover as iniciativas lexislativas que correspondesen para a reforma da negociación colectiva nos termos que, en exercicio da autonomía colectiva, fosen acordados polos interlocutores sociais. En defecto de acordo no proceso de negociación bipartita, sinala esa disposición, nun prazo de seis meses que venceu o pasado 18 de marzo, o Goberno, logo de consulta con organizacións empresariais e sindicais, debía adoptar as iniciativas que correspondesen para abordar diversos aspectos que configuran o actual sistema de negociación colectiva.

Iniciado o proceso de diálogo social bipartito ao empezar 2011, as organizacións subscribiron o **Acordo de criterios básicos para a reforma da negociación colectiva**, que foi incorporado ao **Acordo social e económico para o crecemento, o emprego e a garantía das pensións**, que subscribiron na mesma data xunto co Goberno. No citado Acordo de criterios básicos, as organizacións asinantes comprometéronse ao desenvolvemento dun proceso de negociación e a subscribir un acordo interconfederal no que se incorporasen os acordos de reforma da negociación colectiva. Desde febreiro ata maio de 2011, CEOE, CEPEME, CCOO e UXT desenvolveron un intenso proceso de negociación bipartita para a reforma da negociación colectiva.

Esta reforma da negociación colectiva pretende abordar as disfuncións antes apuntadas, pero quere facelo respectando plenamente os elementos esenciais do noso sistema de

negociación colectiva e, singularmente, respectando a autonomía colectiva. Con esta premisa básica, pode afirmarse que os obxectivos principais da reforma da negociación colectiva son os seguintes:

- 1.º Favorecer unha mellor ordenación da nosa negociación colectiva, propiciando á vez unha negociación colectiva máis próxima á empresa e unha negociación colectiva sectorial máis adaptada á situación de cada concreto sector de actividade económica.
- 2.º Introducir maiores niveis de dinamismo e axilidade na negociación colectiva, tanto nos procesos de negociación dos convenios colectivos como nos seus contidos, de maneira que se aumente a súa capacidade de adaptabilidade aos cambios na situación económica e sociolaboral nuns termos que equilibren flexibilidade para as empresas e seguridade para os traballadores.
- 3.º Adaptar o sistema de negociación colectiva ás novas ou renovadas realidades empresariais que actúan no noso mercado de traballo, incluíndo novas regras de lexitimación para a negociación dos convenios colectivos e para favorecer a flexibilidade interna negociada cos representantes dos traballadores.

Trátase, afirma a citada EM, en resumo, dunha reforma da negociación colectiva para que haxa máis e mellor negociación colectiva, máis ordenados e mellores convenios colectivos, de tal forma que poidan cumprir de forma máis útil e eficaz a súa función de regulación das relacións laborais e das condicións de traballo e contribuír, a curto, medio e longo prazo, ao crecemento da economía española, á mellora da competitividade e da produtividade nas empresas españolas e, en consecuencia, ao crecemento do emprego e a redución do desemprego.

Á vista dos indicados obxectivos, pódese afirmar, segundo a resulta da regulación xa exposta, que a arquitectura da reforma do sistema de negociación colectiva se asenta sobre tres eixes básicos: a estrutura da negociación colectiva e a concorrencia de convenios colectivos; as novas regras sobre o contido e vixencia dos convenios colectivos; e, en terceiro lugar, unha mellor e máis completa definición dos suxeitos que deben negociar os convenios e das regras de lexitimación en cada caso, segundo o ámbito de que se trate.

Finalmente, cabe destacar a **creación do CONSELLO DE RELACIÓNS LABORAIS E DE**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA, que incorpora ao ET unha DD 2ª do Real decreto-lei 7/2011 *(Créase o Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva como órgano colexiado de consulta e asesoramento, adscrito ao Ministerio de Traballo e Inmigración, de carácter tripartito e paritario e integrado por representantes da Administración xeral do Estado, así como das organizacións empresariais e sindicais máis representativas.*

O Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva desenvolverá as seguintes funcións:

a) Coñecer anualmente o programa de actuación en materia de relacións laborais que desenvolverá o Ministerio de Traballo e Inmigración.

b) As funcións de relación entre o Ministerio de Traballo e Inmigración e a Fundación Servizo Interconfederal de Mediación e Arbitraje, que, en todo caso, manterá o seu carácter bipartito segundo o establecido no IV Acordo de Solución Extraxudicial de Conflitos do 10 de febreiro de 2009 ou os que o substitúan.

c) O asesoramento e consulta nas cuestións referentes á formulación e determinación dos ámbitos funcionais dos convenios colectivos e o ditame preceptivo no procedemento administrativo de extensión de convenios colectivos, nos termos establecidos regulamentariamente.

d) A elaboración dun informe anual sobre negociación colectiva, salarios e competitividade, a partir da análise e estudo da información estatística dispoñible e dos indicadores públicos sobre os datos e previsións da actividade económica xeral e sectorial, a nivel nacional e de comunidade autónoma, utilizando información comparable coa doutros países, particularmente da Unión Europea.

e) O estudo, información e elaboración de documentación sobre a negociación colectiva, así como a difusión desta, mediante un Observatorio da Negociación Colectiva, integrado no propio Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva, e que desenvolverá, entre outros, os seguintes labores:

1º. A realización e o mantemento dun Mapa da Negociación Colectiva, que reflecta de forma sistemática, ordenada e detallada a totalidade de convenios colectivos existentes en

España, coa finalidade de obter información útil e actualizada, de acceso público, sobre a súa vixencia e efectos.

2º. A realización de informes anuais, de carácter xeral ou sectorial, sobre a situación da negociación colectiva en España desde unha perspectiva xurídica e económica que, sen prexuízo da autonomía colectiva, poidan resultar de utilidade para os interlocutores sociais para determinar os contidos da negociación colectiva.

f) Calquera outras que lle sexan atribuídas mediante norma con rango legal ou regulamentario.

Con anterioridade ao 31 de decembro de 2011 e logo de consulta e negociación coas organizacións empresariais e sindicais máis representativas, o Goberno adoptará as disposicións regulamentarias necesarias para regular a constitución, organización e funcionamento do Consello de Relacións Laborais e de Negociación Colectiva).

Por outro lado, non pode tampouco deixar de facerse referencia á Lei 3/2012, do 6 de xullo, de medidas urxentes para a reforma do mercado laboral (publicada no BOE núm. 162, do 7 de xullo de 2012), que recolle unha completa reforma laboral onde se debe destacar, en materia de negociación colectiva, a posibilidade de descolgamento respecto do convenio colectivo en vigor, a prioridade que se lle outorga ao convenio colectivo de empresa e o réxime de ultraactividade dos convenios colectivos.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LCDA. EN DEREITO
LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 3

**O CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO.
NATUREZA. SUXEITOS. FORMA. CONTIDO E
RÉXIME XURÍDICO.**

TEMA 3. O CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO. NATUREZA. SUXEITOS. FORMA. CONTIDO E RÉXIME XURÍDICO.

O lexislador non proporciona un concepto legal do contrato de traballo; en calquera caso, é habitual na doutrina partir do teor do artigo 1 do Estatuto dos traballadores aprobado polo **Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo** (en diante ET), que establece: *Esta lei será de aplicación aos traballadores que voluntariamente presten os seus servizos retribuídos por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario.* **Alonso Olea** defíneo como "aquele contrato que liga o traballador que voluntariamente preste os seus servizos retribuídos por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario", e **Molina Navarrete** refírese ao contrato de traballo como a expresión formal do acordo libremente adoptado entre unha persoa (o traballador) que presta os seus servizos por conta e baixo a dependencia ou subordinación doutra (o empresario) a cambio dunha retribución (ou salario).

Desde unha perspectiva xurídica, pode afirmarse que o contrato de traballo foi regulado por primeira vez no **Código de traballo de Primo de Rivera de 1926**, aínda que habería que esperar ata a **Lei de contrato de traballo de 1931** para que aparecese como institución xurídica diferenciada do contrato de arrendamento de servizos.

É necesario, polo tanto, distinguir o contrato de traballo dunha serie de figuras que poderíamos denominar figuras afíns; así, distínguese o contrato de traballo do de arrendamento de servizos, definido no **artigo 1.544 do Código civil** (*no arrendamento de obras ou de servizos unha das partes obrígase a executar unha obra ou a prestar á outra un servizo por prezo certo*); en consecuencia, a pesar de poderen coincidir no aspecto do seu carácter alleo e mais no de retribución, non concorre no contrato de arrendamento de servizos o aspecto de dependencia. Do mesmo modo distínguese do contrato de arrendamento ou execución de obra, definido no **artigo 1.588 do Código civil** (*pode contratarse a execución dunha obra convindo en que quen a execute poña soamente o seu traballo ou a súa industria, ou que tamén subministre o material*), en que o obxecto do contrato de traballo é o traballo, mentres que no contrato de arrendamento ou execución de obra é o resultado final conseguido ou elaborado, e non concorre

ademais a nota de dependencia.

Outra figura afín podería ser o mandato definido no **artigo 1.709 e seguintes do Código civil** (*polo contrato de mandato obrígase unha persoa a prestar algún servizo ou facer algunha cousa por conta ou encargo doutra*), e ambas as dúas figuras diferéncianse en que o contrato de traballo é sempre retribuído e a prestación do traballo é persoal e realízase por conta do empregador, mentres que o contrato de mandato pode ser gratuíto, actúase en nome de terceiro e adoitan repercutir os resultados da actividade na súa esfera xurídica e en que non existe dependencia.

Desde unha perspectiva positiva, destácanse as notas características do contrato de traballo: o obxecto do contrato é a prestación de *servizos retribuídos*; isto supón, en canto aos **servizos**, que a débeda contractual do traballador é unha débeda de actividade e non de resultado, ao que o traballador se obriga é a «prestar servizos». O traballador compromete *os seus* servizos, o que quere dicir que se obriga a traballar persoalmente (*intuitu personae*). Polo tanto a posibilidade de substitución, con independencia de que se atope remunerada ou non, contradí o carácter personalísimo da prestación do traballador. Por outra parte, hai que destacar que os servizos que presta o traballador os realiza a cambio dunha remuneración ou salario, que constitúe o obxecto da obriga do empresario. Así, temos que a obriga de aboar o salario deriva directamente da prestación do traballo e é independente das satisfaccións ou beneficios que a prestación lle procure ao empresario, “remuneración pactada”, “remuneración que segundo convenio corresponda”, etc. Trátase dunha obriga, a de aboamento do salario, que se lle impón ao empresario en todo caso. Neste sentido pode dicirse que o carácter alleo nos riscos tamén distancia o contrato de traballo dos societarios.

Os servizos préstanse voluntariamente; xa o **artigo 1.254 CC** destaca a nota da voluntariedade cando afirma que *o contrato existe desde que unha ou varias persoas consenten en obrigarse respecto doutra ou outras a dar algunha cousa ou a prestar algún servizo*.

Polo tanto, servizos e salarios préstanse e páganse porque traballador e empresario se obrigaron a iso en virtude do contrato.

Finalmente, cómpre destacar que os servizos se prestan dentro do ámbito de organización

e dirección de quen paga os salarios, como dispón o artigo 1 do ET citado.

En resumo, caracterizan o contrato de traballo: a voluntariedade, o seu carácter alleo, a dependencia e a retribución.

Se adoptamos un punto de vista negativo, hai que salientar que o propio ET, no seu **artigo 1.3**, afirma que non se consideran contratos de traballo os seguintes:

- a) A relación de servizo dos funcionarios públicos, que se regulará polo Estatuto da función pública, así como a do persoal ao servizo do Estado, as corporacións locais e as entidades públicas autónomas, cando, ao abeiro dunha lei, a dita relación se regule por normas administrativas ou estatutarias.
- b) As prestacións persoais obrigatorias.
- c) A actividade que se limite, pura e simplemente, ao mero desempeño do cargo de conselleiro ou membro dos órganos de administración nas empresas que revistan a forma xurídica de sociedade e sempre que a súa actividade na empresa só comporte a realización de labores inherentes a tal cargo.
- d) Os traballos realizados a título de amizade, benevolencia ou boa veciñanza.
- e) Os traballos familiares, salvo que se demostre a condición de asalariados dos que os levan a cabo. Consideraranse familiares, para estes efectos, sempre que convivan co empresario, o cónxuxe, os descendentes, ascendentes e demais parentes por consanguinidade ou afinidade, ata o segundo grao inclusive e, de ser o caso, por adopción.
- f) A actividade das persoas que interveñan en operacións mercantís por conta dun ou máis empresarios, sempre que queden persoalmente obrigados a responder da boa fin da operación asumindo o risco e ventura desta.
- g) En xeral, todo traballo que se efectúe en desenvolvemento de relación distinta da que define o apartado 1 deste artigo.

Para tales efectos entenderase excluída do ámbito laboral a actividade das persoas prestadoras do servizo de transporte ao abeiro de autorizacións administrativas das que sexan titulares, realizada mediante o correspondente prezo, con vehículos comerciais de servizo público cuxa propiedade ou poder directo de disposición representen, mesmo

cando os ditos servizos se realicen de forma continuada para un mesmo cargador ou comercializador.

2. NATUREZA

O contrato de traballo configúrase como un negocio xurídico caracterizado polas seguintes notas:

- Bilateral. Trátase dunha relación xurídica fundamentalmente bilateral, que xera obrigas para ambas as dúas partes.
- Consensual. O contrato de traballo perfecciónase polo mero consentimento, e desde entón obriga as dúas partes que consentiron na súa realización.
- Típico e nomeado. O contrato de traballo está tipificado, é dicir, regulado normativamente.
- Sinalagmático. O contrato de traballo contén obrigas recíprocas para ambas as dúas partes.
- Oneroso. O contrato de traballo é oneroso porque ambas as dúas partes se benefician mutuamente, unha da prestación de servizos, a outra do salario, e existe unha equivalencia nas prestacións dun e outro.
- Conmutativo. O contrato de traballo é un contrato conmutativo porque a equivalencia das prestacións é certa desde a perfección do contrato.
- De duración. O contrato de traballo pode ser indefinido ou pode ser temporal. Pero iso o que determina é que o debedor, aquí o traballador, se compromete a unha prestación que vai realizar non de forma instantánea, senón durante un período de tempo indeterminado ou previamente determinado.

Ademais, e en canto expresión da autonomía da vontade, trátase dun contrato de natureza constitutiva, xa que estamos ante un negocio xurídico creador dunha relación xurídica de traballo, e é regulador, xa que constitúe unha fonte de regulación de intereses, aínda que debido á súa natureza eminentemente regulada o sexa cun carácter menor ou restrinxido.

Por outro lado, pode distinguirse entre relacións laborais de natureza ordinaria e outras de

natureza especial, derivada das propias previsións normativas. Así, o **artigo 2 do ET** establece que se considerarán relacións laborais de carácter especial:

- a) A do persoal de alta dirección non incluído no artigo 1.3 c).
- b) A do servizo do fogar familiar.
- c) A dos penados nas institucións penitenciarias.
- d) A dos deportistas profesionais.
- e) A dos artistas en espectáculos públicos.
- f) A das persoas que interveñan en operacións mercantís por conta dun ou máis empresarios sen asumir o risco e ventura daquelas.
- g) A dos traballadores minusválidos que presten os seus servizos nos centros especiais de emprego.
- h) A dos estibadores portuarios que presten servizos a través de sociedades estatais ou dos suxeitos que desempeñen as mesmas funcións que estas nos portos xestionados polas comunidades autónomas.
- i) Calquera outro traballo que sexa expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por unha lei.

3. SUXEITOS

Os suxeitos do contrato de traballo son dous, o traballador e o empregador, patrón ou empresario. O primeiro necesariamente será unha persoa física e o segundo poderá ser persoa física ou persoa xurídica, ou mesmo a lexislación permite que sexa empresario determinadas entidades sen personalidade ou con personalidade limitada, cuxos responsables se concretarán nos que figuren como os seus representantes, promotores ou xestores.

Como en calquera contrato, o ordenamento require que concorra, tanto no traballador como no empresario, o requisito de capacidade; polo tanto, que os dous teñan aptitude para que o negocio xurídico que pretenden levar a cabo sexa eficaz.

Para os efectos de determinar se concorre ou non nunha persoa física a nota de capacidade, debe examinarse o requisito da idade, xa que se exige ter cumprida

determinada idade para entender que se goza de capacidade de obrar. A capacidade de obrar do traballador regúlase o ET no seu artigo 6, que establece que se prohíbe a admisión ao traballo dos menores de 16 anos.

Ademais, os traballadores menores de 18 anos non poderán realizar traballos nocturnos nin aquelas actividades ou postos de traballo que o Goberno, por proposta do Ministerio de Traballo e Seguridade Social, logo de consulta coas organizacións sindicais máis representativas, declare insalubres, penosos, nocivos ou perigosos, tanto para a súa saúde como para a súa formación profesional e humana, e tamén se lles prohíbe realizar horas extraordinarias.

Aínda que se prevé a intervención dos menores de dezaseis anos en espectáculos públicos cando excepcionalmente sexa autorizada pola autoridade laboral e sempre que non supoña perigo para a súa saúde física nin para a súa formación profesional e humana, requírese constancia escrita do permiso.

Ao analizar a capacidade debe facerse referencia ao artigo 7 do ET, o cal dispón que poderán contratar a prestación do seu traballo:

a) Os que teñan plena capacidade de obrar conforme ao disposto no Código civil, artigos 199 e seguintes. Así, abonde con recordar o **artigo 199 CC** (*Ningún pode ser declarado incapaz senón por sentenza xudicial en virtude das causas establecidas na lei*), o art. 200 CC (*Son causas de incapacitación as enfermidades ou deficiencias persistentes de carácter físico ou psíquico que impidan á persoa gobernarse por si mesma*) e o artigo 760.1 da Lei de axuízamento civil 1/2000 (*A sentenza que declare a incapacitación determinará a extensión e os límites desta, así como o réxime de tutela ou garda ao que deba quedar sometido o incapacitado*).

b) Os menores de dezoito e maiores de dezaseis anos que vivan de forma independente, con consentimento dos seus pais ou titores, ou con autorización da persoa ou institución que os teña ao seu cargo.

Se o representante legal dunha persoa de capacidade limitada a autoriza expresa ou tacitamente para realizar un traballo, queda esta tamén autorizada para exercer os dereitos e cumprir os deberes que derivan do seu contrato e para a súa cesación.

c) Os estranxeiros, de acordo co disposto na lexislación específica sobre a materia.

De acordo co contido destes preceptos (artigos 6 e 7 do ET), cabe distinguir as seguintes situacións:

Situación de incapacidade: supón a falta de aptitude para asinar o contrato como traballador (a daquelas persoas que non alcanzasen os 16 anos de idade. Un contrato celebrado por un menor é, por conseguinte, nulo de pleno dereito).

Por outra parte, tamén se prevé unha situación de capacidade limitada: de acordo co previsto no artigo 7.b) do ET, poderán contratar a prestación do seu traballo "os menores de 18 e maiores de 16 anos (...) con autorización da persoa ou institución que os teña ao seu cargo".

Finalmente, temos a situación de capacidade plena: no dereito español posúen esta capacidade "os que teñan plena capacidade de obrar conforme o disposto no Código civil" (por exemplo, os que tivesen 18 anos segundo o **artigo 315** desta última norma e non estean incapacitados por sentenza).

Ademais da capacidade considerada *stricto sensu*, existen outros requisitos impostos por lei, entendida en sentido lato, e que se concretarían, por exemplo, na posesión dun título profesional expedido por institucións facultadas para o efecto.

Os convenios colectivos inclúen moi frecuentemente, entre as categorías ou grupos profesionais dos colectivos de referencia, as de titulados superiores ou medios, licenciados e similares. Son xustamente esas categorías ou grupos (a pertenza a eles) os que requiren a posesión do título profesional específico legalmente exixido para o desempeño lícito das súas funcións. Malia todo, é necesario recordar que, ao vir tal requisito ou condición exixido por convenio colectivo e non por lei, hai xurisprudencia que sostén que tal incumprimento nin invalida o contrato nin impide o desempeño da función laboral correspondente (STC do TS do 29 de marzo de 2003).

Requisito adicional ao de titulación pode ser o de colexiación, que é obrigatorio para o exercicio dalgunhas profesións.

Finalmente, polo que se refire á concorrencia da nota de capacidade no empregador, patrón ou empresario, hai que recordar que este pode revestir a forma de persoa xurídica

e que o empregador non se compromete polo contrato de traballo a unha prestación persoal ou *intuitu personae*. Cando o empresario é persoa xurídica, a súa capacidade de obrar queda validamente constituída conforme a lei pola que se rexa. Polo tanto, a norma aplicable en cada caso, segundo o tipo de persoa xurídica de que se trate, determinará as condicións precisas para a adquisición da personalidade xurídica. Así, será preciso recorrer á normativa correspondente segundo se trate de corporacións, asociacións, fundacións, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidade limitada, etc. Aínda que se se tratase de comunidades de bens, serían unha serie de persoas físicas (os seus apoderados, directivos, etc.) as que realizarían os actos derivados do contrato.

Para o suposto de que o empregador sexa persoa física, recoñéceselle capacidade ao cumprir os 18 anos de idade, tal como establece o **artigo 315 do CC**, aínda que hai que salientar que o menor de idade pode asinar contrato laboral por medio de representante legal pero producindo efectos na esfera xurídica do menor.

Non pode esquecerse que é requisito esencial para o perfeccionamento do contrato a prestación do consentimento das partes, tal como resulta xa do **artigo 1.262 do CC**: *"o consentimento maniféstase polo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que deben constituír o contrato"*. Á súa vez, o citado consentimento pódese prestar validamente ou resultar viciado; así, o **artigo 1.265 do CC** di que *"será nulo o consentimento prestado por erro, violencia, intimidación ou dolo"*. En canto ao erro, o **artigo 1.266** afirma que para que tal vicio invalide o consentimento *"deberá recaer sobre a substancia da cousa que fose obxecto de contrato ou sobre aquelas condicións dela que principalmente desen motivo a celebralo. O erro sobre a persoa só invalidará o contrato cando a consideración a ela fose a causa principal deste"*. Esta previsión expresa do artigo pode chegar a ter especial relevancia no ámbito do contrato laboral se recae sobre a persoa do traballador ou sobre as súas calidades. Polo que se refire aos supostos de violencia e intimidación, é aplicable o **artigo 1.267 do CC**: *"Hai violencia cando para arrancar o consentimento se emprega unha forza irresistible. Hai intimidación cando se inspira a un dos contratantes o temor racional e fundado de sufrir un mal inminente e grave na súa persoa ou bens, ou na persoa ou bens do seu cónxuxe, descendentes ou ascendentes"*. Finalmente, en canto á concorrencia do dolo, hai que aterse ao teor do **artigo 1.269 do CC**, que precisa que este existe cando *"con palabras ou maquinacións*

insidiosas de parte dun dos contratantes, é inducido o outro a asinar un contrato que, sen elas, non tería feito", e o artigo 1.270 engade que "para que o dolo reduza a nulidade dos contratos, deberá ser grave e non ter sido empregado polas dúas partes contratantes".

4. Forma

Regúlase no **artigo 8 do ET**, que dispón que o contrato de traballo se poderá celebrar por escrito ou de palabra e que se presumirá existente entre todo o que presta un servizo por conta e dentro do ámbito de organización e dirección doutro e o que o recibe a cambio dunha retribución a aquel.

Deben constar por escrito os contratos de traballo cando así o exixa unha disposición legal e, en todo caso, os de prácticas e para a formación e a aprendizaxe, os contratos a tempo parcial, fixos-descontinuos e de relevo, os contratos para a realización dunha obra ou servizo determinado, os dos traballadores que traballen a distancia e os contratados en España ao servizo de empresas españolas no estranxeiro e os contratos por tempo determinado cuxa duración sexa superior a catro semanas. De non se observar tal exixencia, o contrato presumirase realizado por tempo indefinido e a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite a súa natureza temporal ou o carácter a tempo parcial dos servizos.

O empresario entregará á representación legal dos traballadores unha copia básica de todos os contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción dos contratos de relación laboral especial de alta dirección, sobre os que se establece o deber de notificación á representación legal dos traballadores.

Para comprobar a adecuación do contido do contrato á legalidade vixente, esta copia básica conterá todos os datos do contrato a excepción do número do documento nacional de identidade, o domicilio, o estado civil, e calquera outro que, de acordo coa **Lei orgánica 1/1982, do 5 de maio**, puidese afectar á intimidade persoal.

A copia básica será entregada polo empresario, en prazo non superior a dez días desde a formalización do contrato, aos representantes legais dos traballadores, os cales a asinarán para os efectos de acreditar que se produciu a entrega.

Posteriormente, esta copia básica enviarase á oficina de emprego. Cando non exista

representación legal dos traballadores, tamén deberá formalizarse copia básica e remitirse á oficina de emprego.

Os representantes da Administración, así como os das organizacións sindicais e das asociacións empresariais, que teñan acceso á copia básica dos contratos en virtude da súa pertenza aos órganos de participación institucional que regulamentariamente teñan tales facultades, observarán sxiilo profesional e non poderán utilizar a dita documentación para fins distintos dos que motivaron o seu coñecemento.

Calquera das partes poderá exixir que o contrato se formalice por escrito, mesmo durante o transcurso da relación laboral.

Cando a relación laboral sexa de duración superior a catro semanas, o empresario deberá informar por escrito o traballador, nos termos e prazos que se establezan regulamentariamente, sobre os elementos esenciais do contrato e as principais condicións de execución da prestación laboral, sempre que tales elementos e condicións non figuren no contrato de traballo formalizado por escrito.

A validez do contrato de traballo regúlase tamén no ET (artigo 9), que establece que, se resultase nula só unha parte do contrato de traballo, este permanecerá válido no restante, e entenderase completado cos preceptos xurídicos axeitados. Se o traballador tivese asignadas condicións ou retribucións especiais en virtude de contraprestacións establecidas na parte non válida do contrato, a xurisdición competente que por instancia de parte declare a nulidade fará o debido pronunciamento sobre a subsistencia ou supresión en todo ou en parte das ditas condicións ou retribucións.

En caso de que o contrato resultase nulo, o traballador poderá exixir, polo traballo que xa prestase, a remuneración conseguinte a un contrato válido.

5. Contido e réxime xurídico

Do contrato de traballo derivan obrigas para as dúas partes. Tales obrigas son o obxecto inmediato do contrato e, ao tempo, aquelas presentan un obxecto constituído polas prestacións das partes, que é ao que estas están obrigadas. De aquí que ao examinar o contido do contrato laboral se proceda ao estudo das prestacións correspondentes a cada unha das partes ou suxeitos do contrato, tendo en conta que por prestación se entende o

conxunto de dereitos e deberes dos que gozan e que se lles impoñen ao traballador e ao empresario.

Prestacións do traballador

A prestación de servizos é a obriga esencial que para o traballador deriva do contrato de traballo. A prestación básica do traballador consiste en traballar; «o traballador estará obrigado a realizar o traballo convido» **(artigo 20.1 do ET)**.

A regulación da prestación de traballar inclúe, pois, a referencia ás condicións de traballo en sentido estrito e propio.

Lugar da prestación. Neste ámbito han de aplicarse as normas sobre seguridade e hixiene no traballo, que son obxecto de estudo particularizado noutro tema do programa, e sobre mobilidade funcional e espacial do traballador. A este respecto, os artigos 39 e 40 do ET establecen que:

A mobilidade funcional na empresa efectuarase de acordo ás titulacións académicas ou profesionais precisas para exercer a prestación laboral e con respecto á dignidade do traballador.

A mobilidade funcional para a realización de funcións, tanto superiores como inferiores, non correspondentes ao grupo profesional só será posible se existen, ademais, razóns técnicas ou organizativas que a xustifiquen e polo tempo imprescindible para a súa atención. O empresario deberá comunicar a súa decisión e as razóns desta aos representantes dos traballadores.

No caso de encomenda de funcións superiores ás do grupo profesional por un período superior a seis meses durante un ano ou oito durante dous anos, o traballador poderá reclamar o ascenso, se a iso non obsta o disposto en convenio colectivo ou, en todo caso, a cobertura da vacante correspondente ás funcións por el realizadas conforme as regras en materia de ascensos aplicables na empresa, sen prexuízo de reclamar a diferenza salarial correspondente; estas accións son acumulables. Contra a negativa da empresa, e logo de informe do comité ou, se é o caso, dos delegados de persoal, o traballador poderá reclamar ante a xurisdición social. Mediante a negociación colectiva poderanse establecer períodos distintos dos expresados neste artigo para os efectos de reclamar a cobertura de

vacantes.

Ademais, o traballador terá dereito á retribución correspondente ás funcións que efectivamente realice, salvo nos casos de encomenda de funcións inferiores, nos que manterá a retribución de orixe. Non caberá invocar as causas de despedimento obxectivo de ineptitude sobrevida ou de falta de adaptación nos supostos de realización de funcións distintas das habituais como consecuencia da mobilidade funcional.

O cambio de funcións distintas das pactadas non incluído nos supostos sinalados requirirá o acordo das partes ou, no seu defecto, o sometemento ás regras previstas para as modificacións substanciais de condicións de traballo ou ás que para tal fin se establecesen en convenio colectivo.

Polo que se refire á mobilidade xeográfica, dispónse que o traslado de traballadores que non fosen contratados especificamente para prestar os seus servizos en empresas con centros de traballo móbiles ou itinerantes a un centro de traballo distinto da mesma empresa que exixa cambios de residencia requirirá a existencia de razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción que o xustifiquen, e consideraranse tales as que estean relacionadas coa competitividade, produtividade ou organización técnica ou do traballo na empresa, así como as contratacións referidas á actividade empresarial.

A decisión de traslado deberá ser notificada polo empresario ao traballador e aos seus representantes legais, cunha antelación mínima de trinta días á data da súa efectividade.

Notificada esta decisión, o traballador terá dereito a optar entre o traslado, percibindo unha compensación por gastos, ou a extinción do seu contrato, percibindo unha indemnización de 20 días de salario por ano de servizo, e ratearanse por meses os períodos de tempo inferiores a un ano e cun máximo de doce mensualidades. A compensación a que se refire o primeiro suposto comprenderá tanto os gastos propios como os dos familiares ao seu cargo, nos termos que se conveñan entre as partes, que nunca será inferior aos límites mínimos establecidos nos convenios colectivos.

Sen prexuízo da executividade do traslado no prazo de incorporación citado, o traballador que, non optando pola extinción do seu contrato, se mostre desconforme coa decisión empresarial poderá impugna-la ante a xurisdición competente. A sentenza declarará o traslado xustificado ou inxustificado e, neste último caso, recoñecerá o dereito do

traballador a ser reincorporado ao centro de traballo de orixe.

Cando, co obxecto de eludir as previsións contidas no apartado seguinte deste artigo, a empresa realice traslados en períodos sucesivos de noventa días en número inferior aos límites alí sinalados, sen que concorran causas novas que xustifiquen tal actuación, eses novos traslados consideraranse efectuados en fraude de lei e serán declarados nulos e sen efecto.

O traslado deberá ir precedido dun período de consultas cos representantes legais dos traballadores dunha duración non superior a quince días, cando afecte á totalidade do centro de traballo, sempre que este ocupe máis de cinco traballadores, ou cando, sen afectar á totalidade do centro de traballo, nun período de noventa días comprenda un número de traballadores de, polo menos:

- a) Dez traballadores nas empresas que ocupen menos de cen traballadores.
- b) O dez por cento do número de traballadores da empresa naquelas que ocupen entre cen e trescentos traballadores.
- c) Trinta traballadores nas empresas que ocupen máis de trescentos traballadores.

O devandito período de consultas deberá versar sobre as causas motivadoras da decisión empresarial e a posibilidade de evitar ou reducir os seus efectos, así como sobre as medidas necesarias para atenuar as súas consecuencias para os traballadores afectados. A consulta levarase a cabo nunha única comisión negociadora, aínda que, de existiren varios centros de traballo, quedará circunscrita aos centros afectados polo procedemento. A comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece membros en representación de cada unha das partes.

A intervención como interlocutores ante a dirección da empresa no procedemento de consultas corresponderalles aos suxeitos indicados no artigo 41.4, na orde e condicións sinalados neste.

A comisión representativa dos traballadores deberá quedar constituída con carácter previo á comunicación empresarial de inicio do procedemento de consultas. Para estes efectos, a dirección da empresa deberá comunicarlles de xeito fidedigno aos traballadores ou aos seus representantes a súa intención de iniciar o procedemento. O prazo máximo para a

constitución da comisión representativa será de sete días desde a data da referida comunicación, salvo que algún dos centros de traballo que vaia estar afectado polo procedemento non conte con representantes legais dos traballadores, casos en que o prazo será de quince días.

Transcorrido o prazo máximo para a constitución da comisión representativa, a dirección da empresa poderá comunicarlles o inicio do período de consultas aos representantes dos traballadores. A falta de constitución da comisión representativa non impedirá o inicio e transcurso do período de consultas, e a súa constitución con posterioridade ao seu inicio non comportará, en ningún caso, a ampliación da súa duración.

A apertura do período de consultas e as posicións das partes tras a súa conclusión deberán ser notificadas á autoridade laboral para o seu coñecemento.

Durante o período de consultas, as partes deberán negociar de boa fe, de cara á consecución dun acordo. O dito acordo requirirá a conformidade da maioría dos representantes legais dos traballadores ou, de ser o caso, da maioría dos membros da comisión representativa dos traballadores sempre que, en ambos os dous casos, representen a maioría dos traballadores do centro ou centros de traballo afectados.

Tras a finalización do período de consultas, o empresario notificaralles aos traballadores a súa decisión sobre o traslado, que se rexerá para todos os efectos polo disposto no apartado 1 deste artigo.

Contra as decisións a que se refire este apartado poderase reclamar en conflito colectivo, sen prexuízo da acción individual prevista no apartado 1 deste artigo. A interposición do conflito paralizará a tramitación das accións individuais iniciadas, ata a súa resolución.

O acordo cos representantes dos traballadores no período de consultas entenderase sen prexuízo do dereito dos traballadores afectados ao exercicio da opción prevista no parágrafo terceiro do apartado 1 deste artigo.

O empresario e a representación dos traballadores poderán acordar en calquera momento a substitución do período de consultas a que se refire este apartado pola aplicación do procedemento de mediación ou arbitraje que sexa de aplicación no ámbito da empresa, que deberá desenvolverse dentro do prazo máximo sinalado para ese período.

Se por traslado un dos cónxuxes cambia de residencia, o outro, se fose traballador da mesma empresa, terá dereito ao traslado á mesma localidade, se houberse posto de traballo.

Os traballadores que teñan a consideración de vítimas de violencia de xénero ou de vítimas do terrorismo que se vexan obrigados a abandonar o posto de traballo na localidade onde viñan prestando os seus servizos, para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, terán dereito preferente a ocupar outro posto de traballo, do mesmo grupo profesional ou categoría equivalente, que a empresa teña vacante en calquera outro dos seus centros de traballo.

En tales supostos, a empresa estará obrigada a comunicarlles aos traballadores as vacantes existentes no dito momento ou as que se puidesen producir no futuro.

O traslado ou o cambio de centro de traballo terá unha duración inicial de seis meses, durante os cales a empresa terá a obriga de reservar o posto de traballo que anteriormente ocupaban os traballadores.

Rematado este período, os traballadores poderán optar entre o regreso ao seu posto de traballo anterior ou a continuidade no novo. Neste último caso, decaerá a mencionada obriga de reserva.

Os traballadores con discapacidade que acrediten a necesidade de recibir fóra da súa localidade un tratamento de rehabilitación, físico ou psicolóxico relacionado coa súa discapacidade, terán dereito preferente a ocupar outro posto de traballo, do mesmo grupo profesional, que a empresa tivese vacante noutro dos seus centros de traballo nunha localidade en que sexa máis accesible o dito tratamento, nos termos e condicións establecidos no apartado anterior para as traballadoras vítimas de violencia de xénero e para as vítimas do terrorismo.

Por razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción, ou ben por contratacións referidas á actividade empresarial, a empresa poderá efectuar desprazamentos temporais dos seus traballadores que exixan que estes residan en poboación distinta da do seu domicilio habitual, e aboarán, ademais dos salarios, os gastos de viaxe e as axudas de custo.

O traballador deberá ser informado do desprazamento cunha antelación suficiente á data da súa efectividade, que non poderá ser inferior a cinco días laborables no caso de desprazamentos de duración superior a tres meses; neste último suposto, o traballador terá dereito a un permiso de catro días laborables no seu domicilio de orixe por cada tres meses de desprazamento, sen computar como tales os de viaxes, cuxos gastos correrán a cargo do empresario.

Contra a orde de desprazamento, sen prexuízo da súa executividade, poderá recorrer o traballador nos mesmos termos previstos para os traslados.

Os desprazamentos cuxa duración nun período de tres anos exceda de doce meses terán, para todos os efectos, o tratamento previsto para os traslados.

Os representantes legais dos traballadores terán prioridade de permanencia nos postos de traballo a que se refire este artigo. Mediante convenio colectivo ou acordo alcanzado durante o período de consultas, poderanse establecer prioridades de permanencia a favor de traballadores doutros colectivos, tales como traballadores con cargas familiares, maiores de determinada idade ou persoas con discapacidade.

Tempo da prestación. Refírese tanto á duración do contrato de traballo como ás limitacións de tempo de traballo efectivo (xornada de traballo, descanso e vacacións).

Dispón o artigo 15 do ET que o contrato de traballo poderá concertarse por tempo indefinido ou por unha duración determinada e a continuación inclúe unha clasificación dos contratos laborais en función da súa duración, que é obxecto de estudo no tema 4.

En canto á xornada de traballo, establécese que a duración da xornada de traballo será a pactada nos convenios colectivos ou contratos de traballo, aínda que a duración máxima da xornada ordinaria de traballo será de 40 horas semanais de traballo efectivo de media en cómputo anual.

O lexislador prevé que, mediante convenio colectivo ou, no seu defecto, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores, se poderá establecer a distribución irregular da xornada ao longo do ano. En defecto de pacto, a empresa poderá distribuír de xeito irregular ao longo do ano o dez por cento da xornada de traballo.

A dita distribución deberá respectar en todo caso os períodos mínimos de descanso diario

e semanal previstos na lei e o traballador deberá coñecer cun aviso previo mínimo de cinco días o día e a hora da prestación de traballo resultante daquela.

A compensación das diferenzas, por exceso ou por defecto, entre a xornada realizada e a duración máxima da xornada ordinaria de traballo legal ou pactada será exigible segundo o acordado en convenio colectivo ou, a falta de previsión ao respecto, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores. En defecto de pacto, as diferenzas derivadas da distribución irregular da xornada deberán quedar compensadas no prazo de doce meses desde que se produzan.

Entre o final dunha xornada e o comezo da seguinte mediarán, como mínimo, 12 horas. O número de horas ordinarias de traballo efectivo non poderá ser superior a 9 diarias, salvo que por convenio colectivo ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores, se estableza outra distribución do tempo de traballo diario; en todo caso respectarase o descanso entre xornadas.

Os traballadores menores de 18 anos non poderán realizar máis de 8 horas diarias de traballo efectivo, e incluírán, de ser o caso, o tempo dedicado á formación e, se traballasen para varios empregadores, as horas realizadas con cada un deles.

Sempre que a duración da xornada diaria continuada exceda de 6 horas, deberá establecerse un período de descanso durante esta de duración non inferior a 15 minutos. No caso dos traballadores menores de dezoito anos, o período de descanso terá unha duración mínima de 30 minutos, e deberá establecerse sempre que a duración da xornada diaria continuada exceda de catro horas e media.

O traballador terá dereito a adaptar a duración e distribución da xornada de traballo para facer efectivo o seu dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral nos termos que se establezan na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, e respectarán, de ser o caso, o previsto naquela. Para iso promoverase a utilización da xornada continuada, o horario flexible ou outros modos de organización do tempo de traballo e dos descansos que permitan a maior compatibilidade entre o dereito á conciliación da vida persoal, familiar e laboral dos traballadores e a mellora da produtividade nas empresas.

En canto ao descanso, dispónse que os traballadores terán dereito a un descanso mínimo

semanal, acumulable por períodos de ata 14 días, de día e medio ininterrompido que, como regra xeral, comprenderá a tarde do sábado ou, de ser o caso, a mañá do luns e o día completo do domingo. A duración do descanso semanal dos menores de dezaioito anos será, como mínimo, de dous días ininterrompidos.

As festas laborais, que terán carácter retribuído e non recuperable, non poderán exceder de 14 ao ano, das cales 2 serán locais. En calquera caso, respectaranse como festas de ámbito nacional as da Natividade do Señor, Ano Novo, 1 de maio, como Festa do Traballo, e 12 de outubro, como Festa Nacional de España. As comunidades autónomas, dentro do límite anual de catorce días festivos, poderán sinalar aquelas festas que por tradición lles sexan propias, para o que substituirán as de ámbito nacional que se determinen regulamentariamente e, en todo caso, as que se trasladen a luns. Así mesmo, poderán facer uso da facultade de traslado a luns prevista no parágrafo anterior.

O traballador, logo de aviso e xustificación, poderá ausentarse do traballo, con dereito a remuneración, por algún dos motivos e polo tempo seguinte:

- a) Quince días naturais en caso de matrimonio.
- b) Dous días polo nacemento de fillo e polo falecemento, accidente ou enfermidade graves, hospitalización ou intervención cirúrxica sen hospitalización que precise repouso domiciliario, de parentes ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade. Cando con tal motivo o traballador necesite facer un desprazamento para o efecto, o prazo será de catro días.
- c) Un día por traslado do domicilio habitual.
- d) Polo tempo indispensable, para o cumprimento dun deber inescusable de carácter público e persoal, comprendido o exercicio do sufraxio activo. Cando conste nunha norma legal ou convencional un período determinado, observarse o que esta dispoña en canto a duración da ausencia e á súa compensación económica.
- e) Para realizar funcións sindicais ou de representación do persoal nos termos establecidos legal ou convencionalmente.
- f) Polo tempo indispensable para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ao parto que deban realizarse dentro da xornada de traballo.

Nos supostos de nacemento de fillo, adopción ou acollemento de acordo co artigo 45.1.d) da lei, para a lactación do menor ata que este cumpra nove meses, os traballadores terán dereito a unha hora de ausencia do traballo, que poderán dividir en dúas fraccións. A duración do permiso incrementarase proporcionalmente nos casos de parto, adopción ou acollemento múltiples.

Quen exerza este dereito, pola súa vontade, poderá substituílo por unha redución da súa xornada en media hora coa mesma finalidade ou acumulalo en xornadas completas nos termos previstos na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario, e respectarán, de ser o caso, o establecido naquela.

Este permiso constitúe un dereito individual dos traballadores, homes ou mulleres, pero só poderá ser exercido por un dos proxenitores en caso de que os dous traballen.

Nos casos de nacementos de fillos prematuros ou que, por calquera causa, deban permanecer hospitalizados a continuación do parto, a nai ou o pai terán dereito a ausentarse do traballo durante unha hora. Así mesmo, terán dereito a reducir a súa xornada de traballo ata un máximo de dúas horas, coa diminución proporcional do salario.

Quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de doce anos ou unha persoa con discapacidade física, psíquica ou sensorial, que non desempeñe unha actividade retribuída, terá dereito a unha redución da xornada de traballo diaria, coa diminución proporcional do salario entre, polo menos, un oitavo e un máximo da metade da duración daquela. Terá o mesmo dereito quen precise encargarse do coidado directo dun familiar, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non poida valerse por si mesmo, e que non desempeñe actividade retribuída. O proxenitor, adoptante ou acolledor de carácter preadoptivo ou permanente, terá dereito a unha redución da xornada de traballo, coa diminución proporcional do salario de, polo menos, a metade da duración daquela, para o coidado, durante a hospitalización e tratamento continuado, do menor ao seu cargo afectado por cancro (tumores malignos, melanomas e carcinomas), ou por calquera outra enfermidade grave, que implique un ingreso hospitalario de longa duración e requira a necesidade do seu coidado directo, continuo e permanente, acreditado polo informe do Servizo Público de Saúde ou órgano administrativo sanitario da Comunidade Autónoma correspondente e,

como máximo, ata que o menor cumpra os 18 anos. Por convenio colectivo, poderanse establecer as condicións e supostos nos que esta redución de xornada se poderá acumular en xornadas completas. Estas reducións de xornada constitúen un dereito individual dos traballadores, homes ou mulleres. Non obstante, se dous ou máis traballadores da mesma empresa xerasen este dereito polo mesmo suxeito causante, o empresario poderá limitar o seu exercicio simultáneo por razóns xustificadas de funcionamento da empresa.

A concreción horaria e a determinación do período de gozo do permiso de lactación e da redución de xornada, previstos nos apartados 4 e 5 deste artigo, corresponderanlle ao traballador, dentro da súa xornada ordinaria. Non obstante, os convenios colectivos poderán establecer criterios para a concreción horaria da redución de xornada a que se refire o apartado 5, en atención aos dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral do traballador e ás necesidades produtivas e organizativas das empresas. O traballador, salvo forza maior, deberá avisar o empresario cunha antelación de quince días ou a que se determine no convenio colectivo aplicable, precisando a data en que iniciará e finalizará o permiso de lactación ou a redución de xornada.

Os traballadores que teñan a consideración de vítimas de violencia de xénero ou de vítimas do terrorismo terán dereito para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral, á redución da xornada de traballo con diminución proporcional do salario ou á reordenación do tempo de traballo, a través da adaptación do horario, da aplicación do horario flexible ou doutras formas de ordenación do tempo de traballo que se utilicen na empresa.

Estes dereitos poderanse exercer nos termos que para estes supostos concretos se establezan nos convenios colectivos ou nos acordos entre a empresa e os representantes dos traballadores, ou conforme o acordo entre a empresa e os traballadores afectados. No seu defecto, a concreción destes dereitos corresponderalles a estes, e serán de aplicación as regras establecidas no apartado anterior, incluídas as relativas á resolución de discrepancias.

Finalmente, e en canto ás vacacións, o artigo 38 di que o período de vacacións anuais retribuídas, non substituíble por compensación económica, será o pactado en convenio colectivo ou contrato individual. En ningún caso a duración será inferior a trinta días

naturais.

O período ou períodos do seu desfrute fixarase de común acordo entre o empresario e o traballador, de conformidade co establecido, de ser o caso, nos convenios colectivos sobre planificación anual das vacacións.

O calendario de vacacións fixarase en cada empresa. O traballador coñecerá as datas que lle correspondan dous meses antes, polo menos, do comezo do desfrute.

Cando o período de vacacións fixado no calendario de vacacións da empresa coincida no tempo cunha incapacidade temporal derivada do embarazo, do parto ou da lactación natural ou co período de suspensión do contrato de traballo previsto no artigo 48.4 e 48.bis da lei, terase dereito a gozar as vacacións en data distinta á da incapacidade temporal ou á do desfrute do permiso que por aplicación do dito precepto lle correspondese, ao finalizar o período de suspensión, aínda que rematase o ano natural a que correspondan.

No suposto de que o período de vacacións coincida cunha incapacidade temporal por continxencias distintas ás sinaladas anteriormente, que imposibilite o traballador gozalas, total ou parcialmente, durante o ano natural a que corresponden, o traballador poderá facelo unha vez finalice a súa incapacidade e sempre que non transcorresen máis de dezaioito meses a partir do final do ano en que se orixinasen.

Deber de dilixencia e cantidade de traballo debida ou rendemento exixible: Segundo o **artigo 20.2 do ET**: *no cumprimento da obriga de traballar asumida no contrato, o traballador debe ao empresario a dilixencia e a colaboración no traballo que marquen as disposicións legais, os convenios colectivos e as ordes ou instrucións adoptadas por aquel no exercicio regular das súas facultades de dirección e, no seu defecto, polos usos e costumes. En calquera caso, o traballador e o empresario someteranse nas súas prestacións recíprocas ás exixencias da boa fe.*

Tamén cómpre considerar a clase ou especie da prestación, e fundamentalmente a calidade do traballo especificado, temas aos que atende o estudo da *clasificación profesional*. Segundo o **artigo 22.1 do ET**, *"mediante a negociación colectiva ou, no seu defecto, acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores, establecerase o sistema de clasificación profesional dos traballadores, por medio de categorías ou grupos*

profesionais".

Tamén regula o ET o cumprimento de boa fe e as prohibicións de concorrencia implícitas neste para o traballador.

Prestacións do empresario

A prestación principal do empresario é a retributiva, que consiste no pagamento da retribución, isto é, na transferencia da propiedade de diñeiro ou bens distintos del. O ET dedícalles os artigos 26 a 29.

O lexislador ofrece xa un concepto legal de salario cando afirma que se considerará salario a totalidade das percepcións económicas dos traballadores en diñeiro ou en especie, pola prestación profesional dos servizos laborais por conta allea, xa retribúan o traballo efectivo, calquera que sexa a forma de remuneración, ou os períodos de descanso computables como de traballo.

En ningún caso, incluídas as relacións laborais de carácter especial, o salario en especie poderá superar o trinta por cento das percepcións salariais do traballador, nin dar lugar á minoración da contía íntegra en diñeiro do salario mínimo interprofesional.

Non terán a consideración de salario as cantidades percibidas polo traballador en concepto de indemnizacións ou suplidos polos gastos realizados como consecuencia da súa actividade laboral, as prestacións e indemnizacións da Seguridade Social e as indemnizacións correspondentes a traslados, suspensións ou despedimentos.

Mediante a negociación colectiva ou, no seu defecto, o contrato individual, determinarase a estrutura do salario, que deberá comprender o salario base, como retribución fixada por unidade de tempo ou de obra e, de ser o caso, complementos salariais fixados en función de circunstancias relativas ás condicións persoais do traballador, ao traballo realizado ou á situación e resultados da empresa, que se calcularán conforme os criterios que para tal efecto se pacten. Igualmente, pactarase o carácter consolidable ou non deses complementos salariais, non tendo o carácter de consolidables, salvo acordo en contrario, os que estean vinculados ao posto de traballo ou á situación e resultados da empresa.

Todas as cargas fiscais e de Seguridade Social a cargo do traballador serán satisfeitas por este e será nulo todo pacto en contrario.

Operará a compensación e absorción cando os salarios realmente aboados, no seu conxunto e cómputo anual, sexan máis favorables para os traballadores que os fixados na orde normativa ou convencional de referencia.

Regúlase expresamente o salario mínimo interprofesional (SMI): o Goberno fixará, logo de consulta coas organizacións sindicais e asociacións empresariais máis representativas, anualmente, o SMI, tendo en conta:

- a) O índice de prezos ao consumo.
- b) A produtividade media nacional alcanzada.
- c) O incremento da participación do traballo na renda nacional.
- d) A conxuntura económica xeral.

Igualmente fixarase unha revisión semestral para o caso de que non se cumpran as previsións sobre o índice de prezos citado.

A revisión do salario mínimo interprofesional non afectará á estrutura nin á contía dos salarios profesionais cando estes, no seu conxunto e cómputo anual, fosen superiores a aquel.

O salario mínimo interprofesional, na súa contía, é inembargable.

En aplicación do artigo 14 da vixente Constitución, o ET establece que o empresario está obrigado a pagar pola prestación dun traballo de igual valor a mesma retribución, satisfeita directa ou indirectamente, e calquera que sexa a natureza desta, salarial ou extrasalarial, sen que poida producirse discriminación ningunha por razón de sexo en ningún dos elementos ou condicións daquela.

A liquidación e o pagamento do salario faranse puntual e documentalmente na data e lugar convidos ou conforme os usos e costumes. O período de tempo a que se refire o aboamento das retribucións periódicas e regulares non poderá exceder dun mes.

O traballador e, coa súa autorización, os seus representantes legais terán dereito a percibir, sen que chegue o día sinalado para o pagamento, anticipos á conta do traballo xa realizado.

A documentación do salario realizarase mediante a entrega ao traballador dun recibo

individual e xustificativo do seu pagamento. O recibo de salarios axustarase ao modelo que aprobe o Ministerio de Traballo e Seguridade Social, salvo que por convenio colectivo, ou, no seu defecto, por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores, se estableza outro modelo que conteña coa debida claridade e separación as diferentes percepcións do traballador, así como as deducións que legalmente procedan.

A liquidación dos salarios que correspondan aos que presten servizos en traballos que teñan o carácter de fixos discontinuos, nos supostos de conclusión de cada período de actividade, levarase a cabo con suxeición aos trámites e garantías establecidos no ET.

O dereito ao salario a comisión nacerá no momento de realizarse e pagarse o negocio, a colocación ou a venda en que interviñese o traballador, e liquidarase e pagarase, salvo que se pactase outra cousa, ao finalizar o ano.

O xuro por mora no pagamento do salario será o dez por cento do debido. O salario, así como o pagamento delegado das prestacións da Seguridade Social, poderá efectualo o empresario en moeda de curso legal ou mediante talón ou outra modalidade de pagamento similar a través de entidades de crédito, logo de informe ao comité de empresa ou delegados de persoal.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LCDA. EN DEREITO
LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 4

MODALIDADES DO CONTRATO DE TRABAJO. A DURACIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO

TEMA 4. MODALIDADES DO CONTRATO DE TRABALLO. A DURACIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

1. Modalidades do contrato de traballo

Na actualidade existen diversos tipos de contrato, pero este é un número relativo que cambia en función das novas leis; prevense:

- Contrato indefinido
- Contrato indefinido de fixos discontinuos
- Contratos ao abeiro do Programa de Fomento do Emprego e incentivos á contratación
- Contrato indefinido para traballadores con discapacidade
- Contrato para a formación e a aprendizaxe de traballadores con discapacidade
- Contrato en prácticas para traballadores con discapacidade
- Contrato temporal de fomento do emprego para persoas con discapacidade
- Contratos de interinidade con traballadores con discapacidade desempregados para substituír persoas discapacitadas que teñan suspendido o contrato de traballo por incapacidade temporal
- Contrato de traballo por tempo indefinido de apoio aos emprendedores
- Contrato para a formación e a aprendizaxe
- Contrato en prácticas
- Contrato para traballadores desempregados en situación de exclusión social en empresas de inserción
- Contrato de obra ou servizo determinado
- Contrato eventual por circunstancias da produción
- Contrato de interinidade
- Contrato de relevo
- Contrato a tempo parcial

- Contrato de traballo en grupo
- Traballo a distancia
- Contratos predoutorais da Lei da ciencia, a tecnoloxía e a innovación

Baixo esta epígrafe o ET regula, nos artigos 10 a 13, as modalidades do contrato de traballo, e distingue as seguintes:

Contrato de traballo en grupo. Artigo 10

Cando o empresario dá un traballo en común a un grupo dos seus traballadores, conservará respecto de cada un, individualmente, os seus dereitos e deberes.

Non obstante, o artigo 10 ET prevé o contrato de traballo en grupo, cando o empresario asinase este cun grupo de traballadores considerado na súa totalidade. En tal caso, este non terá fronte a cada un dos seus membros os dereitos e deberes que lle competen, senón que o xefe do grupo exercerá a representación dos que o integren e responderá das obrigas inherentes a esa representación.

Contratos formativos. Artigo 11

Contrato de traballo en prácticas: pode concertarse con quen estivese en posesión de título universitario ou de formación profesional de grao medio ou superior ou títulos oficialmente recoñecidos como equivalentes, de acordo coas leis reguladoras do sistema educativo vixente, ou de certificado de profesionalidade de acordo co previsto na Lei orgánica 5/2002, do 19 de xuño, das cualificacións e da formación profesional, que habiliten para o exercicio profesional, dentro dos cinco anos, ou de sete anos cando o contrato se concerte cun traballador con discapacidade, seguintes á terminación dos correspondentes estudos, de acordo coas seguintes regras:

- a) O posto de traballo deberá permitir a obtención da práctica profesional axeitada ao nivel de estudos ou de formación cursados. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal ou, no seu defecto, nos convenios colectivos sectoriais de ámbito inferior, poderanse determinar os postos de traballo, grupos, niveis ou categorías profesionais obxecto deste contrato.
- b) A duración do contrato non poderá ser inferior a seis meses nin exceder de dous anos, dentro de cuxos límites os convenios colectivos de ámbito sectorial estatal ou, no seu

defecto, os convenios colectivos sectoriais de ámbito inferior poderán determinar a duración do contrato, e atenderá ás características do sector e das prácticas que se vaian realizar.

As situacións de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, adopción ou acollemento, risco durante a lactación e paternidade interromperán o cómputo da duración do contrato.

c) Ningún traballador poderá estar contratado en prácticas na mesma ou distinta empresa por tempo superior a dous anos en virtude da mesma titulación ou certificado de profesionalidade.

Tampouco se poderá estar contratado en prácticas na mesma empresa para o mesmo posto de traballo por tempo superior a dous anos, aínda que se trate de distinta titulación ou distinto certificado de profesionalidade.

Para os efectos sinalados, os títulos de grao, máster e, de ser o caso, doutoramento, correspondentes aos estudos universitarios, non se considerarán a mesma titulación, salvo que ao ser contratado por primeira vez mediante un contrato en prácticas o traballador estivese xa en posesión do título superior de que se trate.

d) Salvo o disposto en convenio colectivo, o período de proba non poderá ser superior a un mes para os contratos en prácticas asinados con traballadores que estean en posesión de título de grao medio ou de certificado de profesionalidade de nivel 1 ou 2, nin a dous meses para os contratos en prácticas formalizados con traballadores que están en posesión de título de grao superior ou de certificado de profesionalidade de nivel 3.

e) A retribución do traballador será a fixada en convenio colectivo para os traballadores en prácticas, sen que, no seu defecto, poida ser inferior ao 60 ou ao 75 por 100 durante o primeiro ou o segundo ano de vixencia do contrato, respectivamente, do salario fixado en convenio para un traballador que desempeñe o mesmo ou equivalente posto de traballo.

f) Se ao termo do contrato o traballador continuase na empresa, non poderá concertarse un novo período de proba, e computarase a duración das prácticas para efecto de antigüidade na empresa.

Contrato para a formación e a aprendizaxe: terá por obxecto a cualificación profesional

dos traballadores nun réxime de alternancia de actividade laboral retribuída nunha empresa con actividade formativa recibida no marco do sistema de formación profesional para o emprego ou do sistema educativo. Réxese polas seguintes regras:

a) Poderase realizar con traballadores maiores de dezaseis e menores de vinte e cinco anos que carezan da cualificación profesional recoñecida polo sistema de formación profesional para o emprego ou do sistema educativo requirida para concertar un contrato en prácticas. Poderanse acoller a esta modalidade contractual os traballadores que cursen formación profesional do sistema educativo.

O límite máximo de idade non será de aplicación cando o contrato se concerte con persoas con discapacidade nin cos colectivos en situación de exclusión social previstos na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, nos casos en que sexan contratados por parte de empresas de inserción que estean cualificadas e activas no rexistro administrativo correspondente.

b) A duración mínima do contrato será dun ano e a máxima de tres. Non obstante, mediante convenio colectivo poderán establecerse distintas duracións do contrato, en función das necesidades organizativas ou produtivas das empresas, sen que a duración mínima poida ser inferior a seis meses nin a máxima superior a tres anos.

En caso de que o contrato se concertase por unha duración inferior á máxima legal ou convencionalmente establecida, poderá prorrogarse mediante acordo das partes, ata por dúas veces, sen que a duración de cada prórroga poida ser inferior a seis meses e sen que a duración total do contrato poida exceder da devandita duración máxima.

As situacións de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, adopción ou acollemento, risco durante a lactación e paternidade interromperán o cómputo da duración do contrato.

c) Expirada a duración do contrato para a formación e a aprendizaxe, o traballador non poderá ser contratado baixo esta modalidade pola mesma ou distinta empresa, salvo que a formación inherente ao novo contrato teña por obxecto a obtención de distinta cualificación profesional.

Non se poderán realizar contratos para a formación e a aprendizaxe cando o posto de

traballo correspondente ao contrato fose desempeñado con anterioridade polo traballador na mesma empresa por tempo superior a doce meses.

d) O traballador deberá recibir a formación inherente ao contrato para a formación e a aprendizaxe directamente nun centro formativo da rede a que se refire a disposición adicional quinta da Lei orgánica 5/2002, do 19 de xuño, das cualificacións e da formación profesional, previamente recoñecido para iso polo Sistema Nacional de Emprego. Non obstante, tamén poderá recibir esa formación na propia empresa cando esta dispuxese das instalacións e do persoal axeitados para os efectos da acreditación da competencia ou cualificación profesional a que se refire o apartado e), sen prexuízo da necesidade, se é o caso, da realización de períodos de formación complementarios nos centros da rede mencionada.

A actividade laboral desempeñada polo traballador na empresa deberá estar relacionada coas actividades formativas. A impartición desta formación deberá xustificarse á finalización do contrato.

e) A cualificación ou competencia profesional adquirida a través do contrato para a formación e a aprendizaxe será obxecto de acreditación nos termos previstos na Lei orgánica 5/2002, do 19 de xuño, das cualificacións e da formación profesional, e na súa normativa de desenvolvemento. Conforme o establecido na dita regulación, o traballador poderá solicitar da Administración pública competente a expedición do correspondente certificado de profesionalidade, título de formación profesional ou, de ser o caso, acreditación parcial acumulable.

f) O tempo de traballo efectivo, que deberá ser compatible co tempo dedicado ás actividades formativas, non poderá ser superior ao 75 por 100, durante o primeiro ano, ou ao 85 por 100, durante o segundo e terceiro anos, da xornada máxima prevista no convenio colectivo ou, no seu defecto, á xornada máxima legal. Os traballadores non poderán realizar horas extraordinarias, salvo no suposto previsto no artigo 35.3. Tampouco poderán realizar traballos nocturnos nin traballo a quendas.

g) A retribución do traballador contratado para a formación e a aprendizaxe fixarase en proporción ao tempo de traballo efectivo, de acordo co establecido en convenio colectivo.

En ningún caso, a retribución poderá ser inferior ao salario mínimo interprofesional en

proporción ao tempo de traballo efectivo.

h) A acción protectora da Seguridade Social do traballador contratado para a formación e a aprendizaxe comprenderá todas as continxencias, situacións protexibles e prestacións, incluído o desemprego. Así mesmo, terase dereito á cobertura do Fondo de Garantía Salarial.

i) No suposto de que o traballador continuase na empresa ao termo do contrato, observarse o establecido no apartado 1, parágrafo f), deste artigo.

Así mesmo, a DA 19 ET sinala que para aqueles proxectos de escolas obradoiro, casas de oficio e obradoiros de emprego, así como outros proxectos de emprego-formación promovidos polas comunidades autónomas, que fosen aprobados ou estean pendentes de aprobación baseándose en convocatorias efectuadas con anterioridade á entrada en vigor do Real decreto-lei 10/2011, do 26 de agosto, de medidas urxentes para a promoción do emprego da xente nova, o fomento da estabilidade no emprego e o mantemento do programa de recualificación profesional das persoas que esgoten a súa protección por desemprego, poderase utilizar a modalidade do contrato para a formación de acordo coa normativa vixente no momento da aprobación dos citados proxectos ou convocatorias.

O límite de idade e de duración para os contratos para a formación e a aprendizaxe establecidos nas letras a) e b) do artigo 11.2 non será de aplicación cando se subscriban no marco das accións e medidas establecidos na letra d) do artigo 25.1 da Lei 56/2003, do 16 de decembro, de emprego. Así mesmo, nestes contratos as situacións de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, adopción ou acollemento, risco durante a lactación e paternidade non interromperán o cómputo da duración do contrato.

Contrato a tempo parcial e contrato de relevo. Artigo 12

Contrato a tempo parcial

O contrato de traballo entenderase realizado a tempo parcial cando se acorde a prestación de servizos durante un número de horas ao día, á semana, ao mes ou ao ano, inferior á xornada de traballo dun traballador a tempo completo comparable.

Enténdese por «traballador a tempo completo comparable» un traballador a tempo completo da mesma empresa e centro de traballo, co mesmo tipo de contrato de traballo e

que realice un traballo idéntico ou similar. Se na empresa non houberse ningún traballador comparable a tempo completo, considerarase a xornada a tempo completo prevista no convenio colectivo de aplicación ou, no seu defecto, a xornada máxima legal.

Este contrato poderá concertarse por tempo indefinido ou por duración determinada nos supostos en que legalmente se permita a utilización desta modalidade de contratación, agás no contrato para a formación. Non obstante, o contrato a tempo parcial entenderase realizado por tempo indefinido cando se concerte para realizar traballos fixos e periódicos dentro do volume normal de actividade da empresa.

Reglas de aplicación ao contrato de traballo a tempo parcial:

a) Débese formalizar necesariamente por escrito. No contrato deberán figurar o número de horas ordinarias de traballo ao día, á semana, ao mes ou ao ano contratadas, así como o modo da súa distribución segundo o previsto en convenio colectivo. De non se observar estas exixencias, o contrato presumirase celebrado a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite o carácter parcial dos servizos.

b) Cando implique a execución dunha xornada diaria inferior á dos traballadores a tempo completo e esta se realice de forma partida, só será posible efectuar unha única interrupción na dita xornada diaria, salvo que se dispoña outra cousa mediante convenio colectivo.

c) Os traballadores a tempo parcial non poderán realizar horas extraordinarias, salvo nos supostos a que se refire o artigo 35.3.

A realización de horas complementarias rexerase polo disposto no apartado 5 do citado artigo. Non obstante, a suma das horas ordinarias e complementarias, incluídas as previamente pactadas e as voluntarias, non poderá exceder do límite legal do traballo a tempo parcial definido anteriormente.

d) Os traballadores a tempo parcial terán os mesmos dereitos que os traballadores a tempo completo. Cando corresponda en atención á súa natureza, tales dereitos serán recoñecidos nas disposicións legais e regulamentarias e nos convenios colectivos de xeito proporcional, en función do tempo traballado.

e) A conversión dun traballo a tempo completo nun traballo parcial e viceversa terá

sempre carácter voluntario para o traballador e non se poderá impor de forma unilateral ou como consecuencia dunha modificación substancial de condicións de traballo. O traballador non poderá ser despedido nin sufrir ningún outro tipo de sanción ou efecto prexudicial polo feito de rexeitar esta conversión, sen prexuízo das medidas que, de conformidade co disposto nos artigos 51 e 52.c) desta lei, poidan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción.

Co fin de posibilitar a mobilidade voluntaria no traballo a tempo parcial, o empresario deberá informar os traballadores da empresa sobre a existencia de postos de traballo vacantes, de maneira que aqueles poidan formular solicitudes de conversión voluntaria dun traballo a tempo completo nun traballo a tempo parcial e viceversa, ou para o incremento do tempo de traballo dos traballadores a tempo parcial, todo iso de conformidade cos procedementos que se establezan en convenio colectivo.

Con carácter xeral, estas solicitudes deberán ser tomadas en consideración, na medida do posible, polo empresario. A denegación da solicitude deberá ser notificada polo empresario ao traballador por escrito e de xeito motivado.

f) Os convenios colectivos establecerán medidas para facilitar o acceso efectivo dos traballadores a tempo parcial á formación profesional continua, co fin de favorecer a súa progresión e mobilidade profesionais.

Considéranse horas complementarias as realizadas como adición ás horas ordinarias pactadas no contrato a tempo parcial, conforme as seguintes regras:

a) O empresario só poderá exixir a realización de horas complementarias cando así o pactase expresamente co traballador. O pacto sobre horas complementarias poderá acordarse no momento da celebración do contrato a tempo parcial ou con posterioridade a este, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto ao contrato. O pacto formalizarase necesariamente por escrito.

b) Só se poderá formalizar un pacto de horas complementarias no caso de contratos a tempo parcial cunha xornada de traballo non inferior a dez horas semanais en cómputo anual.

c) O pacto de horas complementarias deberá recoller o número de horas complementarias

cuxa realización poderá ser requirida polo empresario.

O número de horas complementarias pactadas non poderá exceder do 30 por 100 das horas ordinarias de traballo obxecto do contrato. Os convenios colectivos poderán establecer outra porcentaxe máxima, que en ningún caso poderá ser inferior ao citado 30 por 100 nin exceder do 60 por 100 das horas ordinarias contratadas.

d) O traballador deberá coñecer o día e a hora de realización das horas complementarias pactadas cun aviso previo mínimo de tres días, salvo que o convenio estableza un prazo de aviso previo inferior.

e) O pacto de horas complementarias poderá quedar sen efecto por renuncia do traballador, mediante un aviso previo de quince días, unha vez cumprido un ano desde a súa celebración, cando concorra algunha das seguintes circunstancias:

- A atención das responsabilidades familiares enunciadas no artigo 37.5 desta lei.
- Por necesidades formativas, sempre que se acredite a incompatibilidade horaria.
- Por incompatibilidade con outro contrato a tempo parcial.

f) O pacto de horas complementarias e as súas condicións de realización estarán suxeitos ás regras que acabamos de sinalar. En caso de incumprimento de tales regras, a negativa do traballador á realización das horas complementarias, malia teren sido pactadas, non constituirá conduta laboral sancionable.

g) Sen prexuízo do pacto de horas complementarias, nos contratos a tempo parcial de duración indefinida cunha xornada de traballo non inferior a dez horas semanais en cómputo anual, o empresario poderá, en calquera momento, ofrecerlle ao traballador a realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, cuxo número non poderá superar o 15 por 100, ampliábles ao 30 por 100 por convenio colectivo, das horas ordinarias obxecto do contrato. A negativa do traballador á realización destas horas non constituirá conduta laboral sancionable.

Estas horas complementarias non se computarán para os efectos das porcentaxes de horas complementarias pactadas que se establecen na letra c).

h) A xornada dos traballadores a tempo parcial rexistrarase día a día e totalizarase mensualmente, e entregaráselle copia ao traballador, xunto co recibo de salarios, do

resumo de todas as horas realizadas en cada mes, tanto as ordinarias como as complementarias a que se refire o apartado 5.

O empresario deberá conservar os resumos mensuais dos rexistros de xornada durante un período mínimo de catro anos.

En caso de incumprimento das referidas obrigas de rexistro, o contrato presumirase celebrado a xornada completa, salvo proba en contrario que acredite o carácter parcial dos servizos.

i) A realización de horas complementarias deberá respectar, en todo caso, os límites en materia de xornada e descansos establecidos nos artigos 34, apartados 3 e 4; 36.1 e 37.1, desta lei.

j) As horas complementarias efectivamente realizadas retribuiranse como ordinarias, e computaranse para os efectos de bases de cotización á Seguridade Social e períodos de carencia e bases reguladoras das prestacións. Para tal efecto, o número e retribución das horas complementarias realizadas deberase recoller no recibo individual de salarios e nos documentos de cotización á Seguridade Social.

Contrato de relevo:

É o que se concerta cun traballador co obxecto de substituír a xornada de traballo que deixa vacante o traballador que se xubila parcialmente, xubilación parcial que se produce nos termos establecidos no apartado 2 do artigo 166 da Lei xeral da Seguridade Social e demais disposicións concordantes. Para iso, o traballador xubilado parcial deberá acordar coa súa empresa unha redución de xornada e de salario de entre un mínimo do 25 por 100 e un máximo do 50 por 100, conforme o citado artigo 166, e a empresa deberá concertar simultaneamente tal contrato de relevo.

Tamén se poderá concertar o contrato de relevo para substituír os traballadores que se xubilen parcialmente despois de cumprir a idade establecida no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima da Lei xeral da Seguridade Social.

A redución de xornada e de salario poderá alcanzar o 75 por 100 cando o contrato de relevo se concerte a xornada completa e con duración indefinida, sempre que o traballador cumpra os requisitos establecidos no artigo 166.2.c) da Lei xeral da Seguridade Social.

A execución deste contrato de traballo a tempo parcial e a súa retribución serán compatibles coa pensión que a Seguridade Social lle recoñeza ao traballador en concepto de xubilación parcial.

A relación laboral extinguirase ao producirse a xubilación total do traballador.

7. O contrato de relevo axustarase ás seguintes regras:

a) Celebrarase cun traballador en situación de desemprego ou que tivese concertado coa empresa un contrato de duración determinada.

b) Salvo no suposto previsto no parágrafo segundo do apartado 6, a duración do contrato de relevo que se celebre como consecuencia dunha xubilación parcial terá que ser indefinida ou, como mínimo, igual ao tempo que lle falte ao traballador substituído para alcanzar a idade establecida no apartado 1 do artigo 166 da Lei xeral da Seguridade Social ou, transitoriamente, as idades previstas na disposición transitoria vixésima. Se, ao cumprir esa idade, o traballador xubilado parcialmente continuase na empresa, o contrato de relevo que se asinase por duración determinada poderá prorrogarse mediante acordo coas partes por períodos anuais, e extinguirase en todo caso ao finalizar o período correspondente ao ano no que se produza a xubilación total do traballador relevado.

No suposto previsto no parágrafo segundo do apartado 6, o contrato de relevo deberá alcanzar polo menos unha duración igual ao resultado de sumar dous anos ao tempo que lle falte ao traballador substituído para alcanzar a idade de xubilación a que se refire o artigo 161.1.a) e a disposición transitoria vixésima da Lei xeral da Seguridade Social. No suposto de que o contrato se extinga antes de alcanzar a duración mínima indicada, o empresario estará obrigado a asinar un novo contrato nos mesmos termos do extinguido, polo tempo restante.

No caso do traballador xubilado parcialmente despois de cumprir a idade prevista no apartado 1 do artigo 166 da Lei xeral da Seguridade Social, ou transitoriamente, as idades previstas na disposición transitoria vixésima desta, a duración do contrato de relevo que poderá celebrar a empresa para substituír a parte de xornada deixada vacante por este poderá ser indefinida ou anual. Neste segundo suposto, o contrato prorrogarase automaticamente por períodos anuais, e extinguirase en todo caso ao finalizar o período correspondente ao ano en que se produza a xubilación total do traballador relevado.

c) Salvo no suposto previsto no parágrafo segundo do apartado 6, o contrato de relevo poderá celebrarse a xornada completa ou a tempo parcial. En todo caso, a duración da xornada deberá ser, como mínimo, igual á redución de xornada acordada polo traballador substituído. O horario de traballo do traballador relevista poderá completar o do traballador substituído ou simultanearse con el.

d) O posto de traballo do traballador relevista poderá ser o mesmo do traballador substituído. En todo caso, deberá existir unha correspondencia entre as bases de cotización de ambos os dous, nos termos previstos no artigo 166.2 e) da Lei xeral da Seguridade Social.

e) Na negociación colectiva poderanse establecer medidas para impulsar a realización de contratos de relevo.

Traballo a distancia. Artigo 13

É aquel en que a prestación da actividade laboral se realice de xeito preponderante no domicilio do traballador ou no lugar libremente elixido por este, de modo alternativo ao seu desenvolvemento presencial no centro de traballo da empresa.

O acordo polo que se estableza o traballo a distancia formalizarase por escrito. Tanto se o acordo se establecese no contrato inicial como se fose posterior, seranlle de aplicación as regras contidas no artigo 8.3 do ET para a copia básica do contrato de traballo.

Os traballadores a distancia terán os mesmos dereitos que os que prestan os seus servizos no centro de traballo da empresa, salvo aqueles que sexan inherentes á realización da prestación laboral neste de xeito presencial. En especial, o traballador a distancia terá dereito a percibir, como mínimo, a retribución total establecida conforme o seu grupo profesional e funcións.

O empresario deberá establecer os medios necesarios para asegurar o acceso efectivo destes traballadores á formación profesional para o emprego, co fin de favorecer a súa promoción profesional. Así mesmo, co fin de posibilitar a mobilidade e promoción, deberá informar os traballadores a distancia da existencia de postos de traballo vacantes para o seu desenvolvemento presencial nos seus centros de traballo.

Os traballadores a distancia teñen dereito a unha axeitada protección en materia de

seguridade e saúde e por iso tamén lles é aplicación, en todo caso, o establecido na Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, e a súa normativa de desenvolvemento.

Os traballadores a distancia poderán exercer os dereitos de representación colectiva conforme o previsto no ET. Para estes efectos os ditos traballadores deberán estar adscritos a un centro de traballo concreto da empresa.

Por outra banda, os contratos de traballo tamén poden ser clasificados en función da súa DURACIÓN, á que se refire o artigo 15 ET.

Neste sinálase, no seu apartado 1, que: *"O contrato de traballo poderá concertarse por tempo indefinido ou por unha duración determinada"*, en alusión á clásica distinción entre **contratos indefinidos** e **contratos temporais**.

En canto a estes últimos, o apartado 1, parágrafo segundo, do artigo 15 distingue entre os contratos de obra ou servizos, os contratos eventuais por circunstancias da produción e os de interinidade. Estes tres tipos contractuais poderán celebrarse nos casos sinalados no ET. Así, prevense estes supostos:

a) Contrato de obra ou servizos determinado: previsto para a realización dunha obra ou servizo determinados, con autonomía e substantividade propia dentro da actividade da empresa e cuxa execución, aínda que limitada no tempo, sexa en principio de duración incerta. Estes contratos non poderán ter unha duración superior a tres anos ampliable ata doce meses máis por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal ou, no seu defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcorridos estes prazos, os traballadores adquirirán a condición de traballadores fixos da empresa.

Os convenios colectivos sectoriais estatais e de ámbito inferior, incluídos os convenios de empresa, poderán identificar aqueles traballos ou tarefas con substantividade propia dentro da actividade normal da empresa que poidan cubrirese con contratos desta natureza.

b) Contratos eventuais por circunstancias da produción: poden ser concertados cando as circunstancias do mercado, acumulación de tarefas ou exceso de pedidos así o exixisen, mesmo tratándose da actividade normal da empresa. En tales casos, os contratos poderán

ter unha duración máxima de seis meses, dentro dun período de doce meses, contados a partir do momento en que se produzan esas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal ou, no seu defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, poderá modificarse a duración máxima destes contratos e o período dentro do cal se poidan realizar en atención ao carácter estacional da actividade en que as ditas circunstancias se poidan producir. En tal suposto, o período máximo dentro do cal se poderán realizar será de dezoito meses, e non poderá superar a duración do contrato as tres cuartas partes do período de referencia establecido nin, como máximo, doce meses.

En caso de que o contrato se concertase por unha duración inferior á máxima legal ou convencionalmente establecida, poderá prorrogarse mediante acordo das partes, por unha única vez, sen que a duración total do contrato poida exceder desa duración máxima.

Por convenio colectivo poderanse determinar as actividades nas que poidan contratarse traballadores eventuais, así como fixar criterios xerais relativos á axeitada relación entre o volume desta modalidade contractual e o cadro de persoal total da empresa.

c) Contrato de interinidade (por substitución ou vacante). Cando se trate de substituír traballadores con dereito a reserva do posto de traballo, sempre que no contrato de traballo se especifique o nome do substituído e a causa de substitución.

Do mesmo xeito, o artigo 4.1 do Real decreto 2720/1998, do 18 de decembro, establece que este contrato se poderá celebrar, así mesmo, para cubrir temporalmente un posto de traballo durante o proceso de selección ou promoción para a súa cobertura definitiva.

A lei prevé, por outro lado, que adquirirán a condición de traballadores fixos:

- Calquera que fose a modalidade da súa contratación, os que non fosen dados de alta na Seguridade Social, unha vez transcorrido un prazo igual ao que legalmente se puidese fixar para o período de proba, salvo que da propia natureza das actividades ou dos servizos contratados se deduxa claramente a duración temporal destes e que se presumirán por tempo indefinido os contratos temporais celebrados en fraude de lei.
- Os traballadores que nun período de trinta meses estivesen contratados durante un prazo superior a vinte e catro meses, con ou sen solución de continuidade, para o

mesmo ou diferente posto de traballo coa mesma empresa ou grupo de empresas, mediante dous ou máis contratos temporais, sexa directamente ou a través da súa posta á disposición por empresas de traballo temporal, coas mesmas ou diferentes modalidades contractuais de duración determinada. Isto tamén será de aplicación cando se produzan supostos de sucesión ou subrogación empresarial conforme o disposto legal ou convencionalmente. Non obstante, esta regra non será de aplicación á utilización dos contratos formativos, de relevo e interinidade, aos contratos temporais asinados no marco de programas públicos de emprego-formación, así como aos contratos temporais que sexan utilizados por empresas de inserción debidamente rexistradas e o obxecto dos ditos contratos sexa considerado como parte esencial dun itinerario de inserción personalizado.

O artigo 15.6 ET garante ademais que os traballadores con contratos temporais e de duración determinada terán os mesmos dereitos que os traballadores con contratos de duración indefinida, sen prexuízo das particularidades específicas de cada unha das modalidades contractuais en materia de extinción do contrato e daquelas expresamente previstas na lei en relación cos contratos formativos e con contrato de inserción. Cando corresponda en atención á súa natureza, tales dereitos serán recoñecidos nas disposicións legais e regulamentarias e nos convenios colectivos de xeito proporcional, en función do tempo traballado.

Cando un determinado dereito ou condición de traballo estea atribuído nas disposicións legais ou regulamentarias e nos convenios colectivos en función dunha previa antigüidade do traballador, esta deberá computarse segundo os mesmos criterios para todos os traballadores, calquera que sexa a súa modalidade de contratación.

Ademais, o empresario deberá informar os traballadores da empresa con contratos de duración determinada ou temporais, incluídos os contratos formativos, sobre a existencia de postos de traballo vacantes, co fin de garantirlles as mesmas oportunidades de acceder a postos permanentes que os demais traballadores. Esta información poderá facilitarse mediante un anuncio público nun lugar axeitado da empresa ou centro de traballo, ou mediante outros medios previstos na negociación colectiva, que aseguren a transmisión da información.

Os convenios poderán establecer criterios obxectivos e compromisos de conversión dos contratos de duración determinada ou temporais en indefinidos.

Os convenios colectivos establecerán medidas para facilitar o acceso efectivo destes traballadores á formación profesional continua, co fin de mellorar a súa cualificación e favorecer a súa progresión e mobilidade profesionais.

Os contratos de duración determinada que teñan establecido prazo máximo de duración, incluídos os contratos en prácticas e para a formación, concertados por unha duración inferior á máxima legalmente establecida, entenderanse prorrogados automaticamente ata o devandito prazo cando non medie denuncia ou prórroga expresa e o traballador continúe prestando servizos.

Expirada esa duración máxima ou realizada a obra ou servizo obxecto do contrato, se non houberse denuncia e se continuase na prestación laboral, o contrato considerárase prorrogado tacitamente por tempo indefinido, salvo proba en contrario que acredite a natureza temporal da prestación.

Se o contrato de traballo de duración determinada é superior a un ano, a parte do contrato que formule a denuncia está obrigada a notificarlle á outra a súa terminación cunha antelación mínima de quince días.

Por último, debemos apuntar dúas cuestións adicionais:

A primeira, que, conforme ao artigo 49.1.c) ET, en canto á finalización dos contratos temporais, por expiración do tempo convido ou realización da obra ou servizo obxecto do contrato agás nos casos do contrato de interinidade e dos contratos formativos, o traballador terá dereito a recibir unha indemnización de contía equivalente á parte proporcional da cantidade que resultaría de aboar doce días de salario por cada ano de servizo, ou a establecida, de ser o caso, na normativa específica que sexa de aplicación.

En segundo lugar, conforme a DA 15 ET, que o disposto no artigo 15.1.a) en materia de duración máxima do contrato por obra ou servizo determinados e no artigo 15.5 sobre límites ao encadeamento de contratos desta lei producirá efectos no ámbito das administracións públicas e os seus organismos públicos vinculados ou dependentes, sen prexuízo da aplicación dos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade no

acceso ao emprego público, polo que non será obstáculo para a obriga de proceder á cobertura dos postos de traballo de que se trate a través dos procedementos ordinarios, de acordo co establecido na normativa aplicable.

En cumprimento desta previsión, o traballador continuará desempeñando o posto que viña ocupando ata que se proceda á súa cobertura polos procedementos antes indicados, momento no que se producirá a extinción da relación laboral, salvo que o mencionado traballador acceda a emprego público superando o correspondente proceso selectivo.

Non obstante o previsto no apartado anterior, o disposto no artigo 15.1.a) en materia de duración máxima do contrato por obra ou servizo determinados non será de aplicación aos contratos celebrados polas administracións públicas e os seus organismos públicos vinculados ou dependentes, nin ás modalidades particulares de contrato de traballo contempladas na Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro (RCL 2001, 3178), de universidades ou en calquera outras normas con rango de lei cando estean vinculados a un proxecto específico de investigación ou de investimento de duración superior a tres anos.

Para a aplicación do límite ao encadeamento de contratos previsto no artigo 15.5, só se terán en conta os contratos asinados no ámbito de cada unha das administracións públicas sen que formen parte delas, para estes efectos, os organismos públicos, axencias e demais entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes destas. En todo caso, o disposto no dito artigo 15.5 non será de aplicación respecto das modalidades particulares de contrato de traballo consideradas na Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades, ou en calquera outras normas con rango de lei.

Contratos fixos discontinuos. Artigo 15.8 ET

Mención á parte merece o contrato indefinido dos fixos discontinuos, previsto no artigo 15.8 ET.

O contrato por tempo indefinido de fixos-discontinuos concertarase para realizar traballos que teñan o carácter de fixos-discontinuos e non se repitan en datas certas, dentro do volume normal de actividade da empresa. Aos supostos de traballos discontinuos que se repitan en datas certas, seralles de aplicación a regulación do contrato a tempo parcial

asinado por tempo indefinido. Os traballadores fixos-descontínuos serán chamados na orde e na forma que se determine nos respectivos convenios colectivos, e o traballador poderá, en caso de incumprimento, reclamar en procedemento de despedimento ante a xurisdición competente; para iso, o prazo iniciárase desde o momento en que tivese coñecemento da falta de convocatoria.

Este contrato deberase formalizar necesariamente por escrito no modelo que se estableza, e nel deberá figurar unha indicación sobre a duración estimada da actividade, así como sobre a forma e orde de chamamento que estableza o convenio colectivo aplicable, facendo constar igualmente, de xeito orientativo, a xornada laboral estimada e a súa distribución horaria.

Os convenios colectivos de ámbito sectorial poderán acordar, cando as peculiaridades da actividade do sector así o xustifiquen, a utilización nos contratos de fixos-descontínuos da modalidade de tempo parcial, así como os requisitos e especialidades para a conversión de contratos temporais en contratos de fixos-descontínuos.

MARTA CARBALLO NEIRA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 5

RÉXIME DE REPRESENTACIÓN DE PERSOAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

TEMA 5. RÉXIME DE REPRESENTACIÓN DE PERSOAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

1. RÉXIME DE REPRESENTACIÓN DE PERSOAL

A denominada participación dos traballadores na empresa pode incardinarse no ámbito do que se deu en chamar “democracia representativa” na empresa, aínda que se trate dunha democracia cando menos particular, xa que non existe a posibilidade de intercambio de roles ou papeis.

Enténdese por participación o conxunto de medidas adoptadas para que o traballador poida influír nas decisións que adopta a súa empresa.

Trátase de expor nesta epígrafe o modelo español de participación na xestión. Os autores distinguen entre fórmulas tradicionais de participación indirecta (polo tanto, cursada a través de representantes) e indirecta (perfectamente plasmada no modelo xaponés).

O artigo 192.2 CE establece que os poderes públicos promoverán eficazmente as diversas formas de participación na empresa. Este precepto foi considerado por algúns autores como unha cuasinorma en branco, xa que o seu contido e efectividade práctica remítese aos artigos 33 e 38 CE.

O artigo 4.1.g) do ET establece que o de participación é un dereito básico do traballador na empresa. En consecuencia, pode afirmarse que o lexislador español optou por un modelo de dobre vía caracterizado polo compromiso e a confrontación existente entre capital e traballo. Ademais, de acordo co teor do artigo 61 ET, pódese afirmar que se optou por un modelo de participación externo, aínda que se admita a existencia doutras formas de participación (representación sindical ou negociación colectiva) que poderíamos denominar de representación participativa.

A análise desta cuestión require lembrar a distinción de dereitos instrumentais; así, en primeiro termo situaríase o deber de información do empresario ao traballador, posteriormente o dereito de consulta do empresario aos traballadores (como paso previo á adopción dunha determinación ou decisión na empresa) e finalmente estaría a codecisión (que se daría cando a decisión fose tomada polas dúas partes, que, en democracia, se atoparían nunha situación de igualdade).

Por outra parte, hai que facer referencia a unha serie de órganos que resultan ser titulares dos citados dereitos de representación. Tales órganos poden ser unitarios/unilaterais ou mixtos. En concreto, en España a dicotomía entre representación unitaria e representación sindical concretouse, como se anticipou, na opción, por parte do lexislador, por un sistema dual (igual que acontece en Francia). Trátase dun modelo distinto do que se atopa no dereito comparado, no que xeralmente se observa unha distinción de funcións entre sindicatos e comités de representación. Así, aos sindicatos correspóndelles a negociación colectiva e aos comités as funcións de colaboración-participación en determinados temas da empresa.

Con todo, o modelo español xera complexos conflitos porque representación unitaria e representación sindical teñen atribuídas funcións esencialmente sindicais e porque, de acordo co proceso electoral que recolle o ET, se observa, en canto á procedencia, unha clara extracción sindical entre os representantes sindicais unitarios.

Tamén resulta obrigada, polo menos, a referencia aos problemas xerados polo denominado “grupo de empresas”, que se agudiza cando tal fenómeno traspasa as fronteiras nacionais. Así acontece ao falar de grupos de empresas comunitarios ou da sociedade anónima europea (proceso que comezou coa Directiva do Consello 94/451 do 22 de setembro) sobre a constitución dun comité de empresa europeo.

A representación e defensa colectiva dos intereses dos traballadores ante o empresario supón unha plasmación ou manifestación concreta das relacións laborais que xorden ou son froito da revolución industrial decimonónica, como sostén Luján Alcaraz, e que se mantén como trazo distintivo do modelo democrático de relacións laborais. De feito, sobre o dereito de representación constrúese o aínda máis complexo dereito de participación dos traballadores na empresa que finalmente se converteu nun signo da “identidade social europea”.

En España, a regulación da representación legal dos traballadores ten como precedente a lexislación republicana de xurados mixtos (Decreto 29.08.1935).

E é a finais dos anos cincuenta do pasado século cando empezan a funcionar as comisións e comités de representantes dos traballadores elixidos democraticamente polos respectivos cadros de persoal das empresas. Inicialmente actuaban á marxe do

sindicalismo oficial e xa en 1966 pode falarse dunha converxencia.

Polo tanto estamos ante un sistema de representación separada formalmente da sindical e que opta por un sistema de corte unitario.

2. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN

O artigo 61 do ET é o precepto co que comeza a regulación do dereito de representación colectiva. Así, ao regular a participación, o lexislador dispón que: *sen prexuízo doutras formas de participación, os traballadores teñen dereito a participar na empresa a través dos órganos de representación regulados neste título*. Tales órganos son os comités de empresa e os delegados de persoal.

A denominada representación unitaria dos traballadores na empresa caracterízase por reunir as seguintes notas:

- unidade, xa que afecta á totalidade dos traballadores do centro de traballo sen tomar en consideración a súa afiliación sindical;
- necesidade, porque é imposta pola lei, con independencia da vontade dos representados;
- electiva, posto que son elixidos por todos os traballadores do centro de traballo a través do correspondente proceso electoral.

Os órganos de representación unitaria son os comités de empresa e os delegados de persoal, previstos, respectivamente, nos artigos 62 e 63 ET. As principais diferenzas existentes entre eses órganos teñen que ver, dun lado, co número de traballadores ocupados na empresa ou no centro de traballo (como se verá) e, doutro lado, coa súa distinta natureza (xa que mentres os delegados de persoal son órganos individuais de representación, que deben actuar mancomunadamente, o comité de empresa é un órgano de actuación colexiada, ao que hai que engadir unha serie de previsións diferenciadas en canto a diversos aspectos do proceso electoral).

Así, resulta que non toda empresa ou centro de traballo está obrigada a contar con representantes unitarios, xa que o ET estableceu un límite mínimo e só a partir deste é posible a elección desta representación. Con carácter xeral o límite sitúase en dez traballadores, aínda que se a empresa ou centro de traballo ten máis de dez e menos de

cincuenta poden existir delegados de persoal. Non obstante, tamén cabe a existencia dun delegado de persoal naquelas empresas ou centros que teñan entre seis e dez traballadores se así o decidisen estes por maioría.

Debe terse en conta que a expresión centro de traballo, no sentido estrito en que é empregada polo artigo 1.5 ET, alude ao soporte fáctico das estruturas representativas de carácter unitario; en consecuencia, a referencia á empresa só é aplicable ás que contan cun único centro.

Malia que o centro de traballo é o soporte físico da representación unitaria, o artigo 63.2 ET prevé matizacións:

- Se a empresa ten na mesma provincia, ou en municipios limítrofes, dous ou máis centros de traballo cuns censos que non alcancen os cincuenta traballadores, pero que no seu conxunto os sumen, constituirase un comité de empresa conxunto. É dicir, en tal caso non se elixe un delegado de persoal por cada un dos centros cuxo censo sexa inferior a cincuenta traballadores, senón que se computa o censo na totalidade, sempre e cando os centros de traballo se atopen na mesma provincia ou en municipios limítrofes (se pertencen a distintas provincias). Non se trata dunha facultade exercible voluntariamente polo empresario ou os traballadores, senón dunha obriga legal.
- Cando uns centros de traballo teñan cincuenta traballadores e outros da mesma provincia non, nos primeiros constituiranse comités de empresa propios e con todos os segundos constituirase outro.

Os delegados de persoal atópanse regulados no artigo 62 e seguintes do ET. A representación dos traballadores na empresa ou centro de traballo que teña menos de cincuenta e máis de dez traballadores correspóndelles aos delegados de persoal. Igualmente, como se anticipou, poderá haber un delegado de persoal naquelas empresas ou centros que teñan entre seis e dez traballadores, se así o decidisen estes por maioría.

Os traballadores elixirán, mediante sufraxio libre, persoal, secreto e directo, os delegados de persoal na contía seguinte: ata 30 traballadores, un; e de 31 a 49, tres.

Os delegados de persoal exercerán mancomunadamente ante o empresario a

representación para a que foron elixidos, e terán as mesmas competencias establecidas para os comités de empresa. Tamén se prevé que observarán as normas que sobre sixilo profesional están establecidas para os membros de comités de empresa no artigo 65 do ET.

Os delegados de persoal (e tamén os membros do comité de empresa), como representantes legais dos traballadores, terán, con independencia do que se dispoña nos convenios colectivos, as seguintes garantías:

- Apertura de expediente contradictorio no suposto de sancións por faltas graves ou moi graves, no que serán oídos, á parte do interesado, o comité de empresa ou restantes delegados de persoal.
- Prioridade de permanencia na empresa ou centro de traballo respecto dos demais traballadores, nos supostos de suspensión ou extinción por causas tecnolóxicas ou económicas.
- Non ser despedido nin sancionado durante o exercicio das súas funcións nin dentro do ano seguinte á expiración do seu mandato, salvo en caso de que esta se produza por revogación ou dimisión, sempre que o despedimento ou sanción se basee na acción do traballador no exercicio da súa representación, sen prexuízo, polo tanto, do establecido no artigo 54. Así mesmo, non poderá ser discriminado na súa promoción económica ou profesional en razón, precisamente, do desempeño da súa representación.
- Expresar, colexiadamente se se trata do comité, con liberdade as súas opinións nas materias concernentes á esfera da súa representación, e poderán publicar e distribuír, sen perturbar o normal desenvolvemento do traballo, as publicacións de interese laboral ou social, comunicándollo á empresa.
- Dispor dun crédito de horas mensuais retribuídas cada un dos membros do comité ou delegado de persoal en cada centro de traballo, para o exercicio das súas funcións de representación, de acordo coa seguinte escala: delegados de persoal ou membros do comité de empresa:

1º. Ata cen traballadores, quince horas.

2º. De cento un a douscentos cincuenta traballadores, vinte horas.

3º. De douscentos cincuenta e un a cincocentos traballadores, trinta horas.

4º. De cincocentos un a setecentos cincuenta traballadores, trinta e cinco horas.

5º. De setecentos cincuenta e un en diante, corenta horas.

Poderá pactarse en convenio colectivo a acumulación de horas dos distintos membros do comité de empresa e, de ser o caso, dos delegados de persoal, nun ou varios dos seus compoñentes, sen superar o máximo total, podendo quedar relevado ou relevados do traballo, sen prexuízo da súa remuneración.

O comité de empresa é o órgano representativo e colexiado do conxunto dos traballadores na empresa ou centro de traballo para a defensa dos seus intereses, constituíndose en cada centro de traballo cuxo censo sexa de cincuenta ou máis traballadores.

Na empresa que teña na mesma provincia, ou en municipios limítrofes, dous ou máis centros de traballo cuxos censos non alcancen os cincuenta traballadores, pero que no seu conxunto os sumen, constituirase un comité de empresa conxunto. Cando uns centros teñan cincuenta traballadores e outros da mesma provincia non, nos primeiros constituiranse comités de empresa propios, e con todos os segundos constituirase outro, como se anticipou.

Só por convenio colectivo poderá pactarse a constitución e funcionamento dun comité intercentros cun máximo de 13 membros, que serán designados de entre os compoñentes dos distintos comités de centro. Na constitución do comité intercentros gardarase a proporcionalidade dos sindicatos segundo os resultados electorais considerados globalmente.

Os comités intercentros non poderán arrogar para si outras funcións que as que expresamente lles sexan concedidas no convenio colectivo en que se acorde a súa creación.

O estatuto dos traballadores regula unha serie de dereitos de información: *O comité de empresa terá dereito a ser informado e consultado polo empresario sobre aquelas cuestións que poidan afectar aos traballadores, así como sobre a situación da empresa e a evolución do emprego nesta, nos termos previstos neste artigo.*

O lexislador ofrece senllos conceptos legais, un de información, que define como *a transmisión de datos polo empresario ao comité de empresa, co fin de que este teña coñecemento dunha cuestión determinada e poida proceder ao seu exame;* e outro de consulta: *o intercambio de opinións e a apertura dun diálogo entre o empresario e o comité de empresa sobre unha cuestión determinada, e incluírá, se é o caso, a emisión de informe previo por parte deste.*

Na definición ou aplicación dos procedementos de información e consulta, o empresario e o comité de empresa actuarán con espírito de cooperación, en cumprimento dos seus dereitos e obrigas recíprocas, e terán en conta tanto os intereses da empresa como os dos traballadores.

O comité de empresa terá dereito a **ser informado trimestralmente:**

- Sobre a evolución xeral do sector económico a que pertence a empresa.
- Sobre a situación económica da empresa e a evolución recente e probable das súas actividades (incluídas as actuacións ambientais que teñan repercusión directa no emprego, así como sobre a produción e vendas, incluído o programa de produción).
- Sobre as previsións do empresario de celebración de novos contratos (con indicación do número destes e das modalidades e tipos que serán utilizados, incluídos os contratos a tempo parcial, a realización de horas complementarias polos traballadores contratados a tempo parcial e dos supostos de subcontratación).
- Das estatísticas sobre o índice de absentismo e as causas, os accidentes de traballo e enfermidades profesionais e as súas consecuencias, os índices de sinistralidade, os estudos periódicos ou especiais do medio laboral e os mecanismos de prevención que se utilicen.

Tamén terá dereito a **recibir** información, polo menos **anualmente**, relativa á aplicación na empresa do dereito de igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes, entre a que se incluírán datos sobre a proporción de mulleres e homes nos diferentes niveis profesionais, así como, de ser o caso, sobre as medidas que se adoptasen para fomentar a igualdade entre mulleres e homes na empresa e, de establecerse un plan de igualdade, sobre a súa aplicación.

E coa periodicidade que proceda en cada caso, terá dereito a:

- Coñecer o balance, a conta de resultados, a memoria e, no caso de que a empresa prevexa a forma de sociedade por accións ou participacións, os demais documentos que se lles dean a coñecer aos socios e nas mesmas condicións que a estes.
- Coñecer os modelos de contrato de traballo escrito que se utilicen na empresa, así como os documentos relativos á terminación da relación laboral.
- Ser informado de todas as sancións impostas por faltas moi graves.
- Así mesmo, o comité de empresa terá dereito a recibir a copia básica dos contratos e a notificación das prórrogas e das denuncias correspondentes a estes no prazo de dez días seguintes a que tivesen lugar.

O comité de empresa terá dereito a ser informado e consultado sobre a situación e estrutura do emprego na empresa ou no centro de traballo, así como a ser informado trimestralmente sobre a evolución probable deste, e incluírá a consulta cando se prevexan cambios ao respecto, e terá dereito a ser informado e consultado sobre todas as decisións da empresa que puidesen provocar cambios relevantes en canto á organización do traballo e aos contratos de traballo na empresa. Igualmente terá dereito a ser informado e consultado sobre a adopción de eventuais medidas preventivas, especialmente en caso de risco para o emprego, e a emitir informe, con carácter previo á execución por parte do empresario das decisións adoptadas por este, sobre as seguintes cuestións:

- As reestruturacións de cadro de persoal e cesamentos totais ou parciais, definitivos ou temporais, do dito cadro.
- As reducións de xornada.
- O traslado total ou parcial das instalacións.
- Os procesos de fusión, absorción ou modificación do status xurídico da empresa que impliquen calquera incidencia que poida afectar ao volume de emprego.
- Os plans de formación profesional na empresa.
- A implantación e revisión de sistemas de organización e control do traballo, estudos de tempos, establecemento de sistemas de primas e incentivos e valoración de

postos de traballo.

A información deberá ser facilitada polo empresario ao comité de empresa, sen prexuízo do establecido especificamente en cada caso, nun momento, dun xeito e cun contido apropiados, que permitan aos representantes dos traballadores proceder ao seu exame axeitado e preparar, de ser o caso, a consulta e o informe. E, pola súa banda, a consulta deberá realizarse, salvo que expresamente estea establecida outra cousa, nun momento e cun contido apropiados, no nivel de dirección e representación correspondente da empresa, e de tal maneira que permita aos representantes dos traballadores, sobre a base da información recibida, reunirse co empresario, obter unha resposta xustificada ao seu eventual informe e poder contrastar os seus puntos de vista ou opinións, e iso sen prexuízo das facultades que se lle recoñecen ao empresario ao respecto en relación con cada unha das ditas cuestións. En todo caso, a consulta deberá permitir que o criterio do comité poida ser coñecido polo empresario á hora de adoptar ou de executar as decisións.

Os informes que deba emitir o comité de empresa deberán elaborarse no prazo máximo de 15 días desde que fosen solicitados e remitidas as informacións correspondentes.

Pero non rematan aí as competencias do comité de empresa, xa que o ET dispón que: *o comité de empresa terá tamén as seguintes competencias:*

a) Exercer un labor:

1º. De vixilancia no cumprimento das normas vixentes en materia laboral, de seguridade social e de emprego, así como do resto dos pactos, condicións e usos de empresa en vigor, formulando, se é o caso, as accións legais oportunas ante o empresario e os organismos ou tribunais competentes.

2º. De vixilancia e control das condicións de seguridade e saúde no desenvolvemento do traballo na empresa, coas particularidades previstas nesta orde polo artigo 19 desta lei.

3º. De vixilancia do respecto e aplicación do principio de igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes.

b) Participar, como se determine por convenio colectivo, na xestión de obras sociais establecidas na empresa en beneficio dos traballadores ou dos seus familiares.

c) Colaborar coa dirección da empresa para conseguir o establecemento de cantas

medidas procuren o mantemento e o incremento da produtividade, así como a sustentabilidade ambiental da empresa, se así está pactado nos convenios colectivos.

d) Colaborar coa dirección da empresa no establecemento e posta en marcha de medidas de conciliación.

e) Informar os seus representados en todos os temas e cuestións sinalados neste artigo en canto directa ou indirectamente teñan ou poidan ter repercusión nas relacións laborais.

Todo o anterior entenderase sen prexuízo das disposicións específicas previstas noutros artigos desta lei ou noutras normas legais ou regulamentarias.

Respectando o establecido legal ou regulamentariamente, nos convenios colectivos poderanse establecer disposicións específicas relativas ao contido e ás modalidades de exercicio dos dereitos de información e consulta previstos neste artigo, así como ao nivel de representación máis axeitado para exercelos.

Outro aspecto que cómpre destacar é o tratamento e específica regulación polo ET do denominado deber de sixilo: *"recoñéceselle ao comité de empresa capacidade, como órgano colexiado, para exercer accións administrativas ou xudiciais en todo o relativo ao ámbito das súas competencias, por decisión maioritaria dos seus membros.*

Os membros do comité de empresa e este no seu conxunto, así como, de ser o caso, os expertos que os asistan, deberán observar o deber de sixilo con respecto a aquela información que, en lexítimo e obxectivo interese da empresa ou do centro de traballo, lles fose expresamente comunicada con carácter reservado.

En todo caso, ningún tipo de documento entregado pola empresa ao comité poderá ser utilizado fóra do estrito ámbito daquela nin para fins distintos dos que motivaron a súa entrega.

O deber de sixilo subsistirá mesmo tras a expiración do seu mandato e independentemente do lugar en que se atopen".

Este artigo presenta un problema de compatibilización coa obriga de informar os traballadores representados sobre todos os aspectos considerados no artigo 64 ET que se prevé no artigo 68.1.12 ET, e mesmo co dereito a expresar opinións concernentes á esfera da súa representación, que recolle o artigo 68.d) ET.

A doutrina considerou que o termo sixilo non resulta equivalente a segredo, senón que fai referencia a un grao de intensidade menor, de maneira que o sixilo faría referencia a unha utilización prudente da información que se posúe; tal interpretación doutrinal posibilita a eficacia de ambas as dúas previsións legais: o deber de sixilo e o dereito de información. Por outro lado, sobre o feito de que a dirección sinala expresamente algunhas materias como reservadas, entendeuse que non é suficiente a soa vontade do empresario en tal sentido, senón que é necesario que desde un punto de vista obxectivo a materia teña efectivamente carácter confidencial.

Aínda que, excepcionalmente, a empresa non estará obrigada a comunicar aquelas informacións específicas relacionadas con segredos industriais, financeiros ou comerciais cuxa divulgación puidese, segundo criterios obxectivos, obstaculizar o funcionamento da empresa ou do centro de traballo ou ocasionar graves prexuízos na súa estabilidade económica (esta excepción non abrangue aqueles datos que teñan relación co volume de emprego na empresa).

Sinala o apartado 5 do artigo 65 ET que a impugnación das decisións da empresa de atribuír carácter reservado ou de non comunicar determinadas informacións aos representantes dos traballadores se tramitará conforme o proceso de conflitos colectivos regulado no capítulo VIII do título II do libro II da Lei de procedemento laboral, Texto refundido aprobado polo Real decreto lexislativo 2/1995, do 7 de abril, actualmente regulado no capítulo VIII, do título II do libro II da Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social, e tramitaranse conforme este proceso os litixios relativos ao cumprimento polos representantes dos traballadores e polos expertos que os asistan da súa obriga de sixilo.

O disposto neste apartado enténdese sen prexuízo do previsto no Texto refundido da Lei de infraccións e sancións na orde social, aprobada polo Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, para os casos de negativa inxustificada da información a que teñen dereito os representantes dos traballadores.

Outro apartado importante é o relativo ao número de membros do comité de empresa, que se determinará de acordo coa seguinte escala:

- a) De cincuenta a cen traballadores, 5.

- b) De cento un a douscentos cincuenta traballadores, 9.
- c) De douscentos cincuenta e un a cincocentos traballadores, 13.
- d) De cincocentos un a setecentos cincuenta traballadores, 17.
- e) De setecentos cincuenta e un a mil traballadores, 21.
- f) De mil en diante, dous por cada mil ou fracción, co máximo de 75.

Os comités de empresa ou centro de traballo elixirán de entre os seus membros un presidente e un secretario do comité, e elaborarán o seu propio regulamento de procedemento, que non poderá contravir o disposto na lei, e remitiranlles copia deste á autoridade laboral, para os efectos de rexistro, e á empresa. Os comités deberán reunirse cada dous meses ou sempre que o solicite 1/3 dos seus membros ou 1/3 dos traballadores representados.

Polo que se refire á promoción de eleccións e mandato electoral, o ET establece que: *poderán promover eleccións a delegados de persoal e membros de comités de empresa as organizacións sindicais máis representativas, as que contén cun mínimo dun dez por cento de representantes na empresa ou os traballadores do centro de traballo por acordo maioritario.* Ademais, os sindicatos con capacidade de promoción de eleccións terán dereito a acceder aos rexistros das administracións públicas que conteñan datos relativos á inscrición de empresas e altas de traballadores, na medida necesaria para levar a cabo tal promoción nos seus respectivos ámbitos.

Os promotores comunicaranlles á empresa e á oficina pública dependente da autoridade laboral o seu propósito de celebrar eleccións cun prazo mínimo de, polo menos, un mes de antelación ao inicio do proceso electoral. Na devandita comunicación os promotores deberán identificar con precisión a empresa e o centro de traballo desta en que se desexa celebrar o proceso electoral e a data de inicio deste, que será a de constitución da mesa electoral e que, en todo caso, non poderá comezar antes dun mes nin máis alá de tres meses contabilizados a partir do rexistro da comunicación na oficina pública dependente da autoridade laboral. Esta oficina pública, dentro do seguinte día hábil, exporá no taboleiro de anuncios os avisos previos presentados, facilitándolles copia destes aos sindicatos que así o soliciten.

Soamente logo do acordo maioritario entre os sindicatos máis representativos ou representativos de conformidade coa Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical (en diante, LOLS), poderá promoverse a celebración de eleccións de xeito xeneralizado nun ou varios ámbitos funcionais ou territoriais. Eses acordos deberán comunicarse á oficina pública dependente da autoridade laboral para o seu depósito e publicidade.

Pero cando se promovan eleccións para renovar a representación por conclusión da duración do mandato, tal promoción só poderá efectuarse a partir da data en que falten tres meses para o vencemento do mandato. Así mesmo, cabe indicar que se prevé a promoción de eleccións parciais por dimisións, revogacións ou axustes da representación por incremento de cadro de persoal. Os convenios colectivos poderán prever o necesario para acomodar a representación dos traballadores ás diminucións significativas de cadro de persoal que poidan ter lugar na empresa. No seu defecto, a dita acomodación deberá realizarse por acordo entre a empresa e os representantes dos traballadores.

Aínda que o incumprimento de calquera dos requisitos establecidos neste artigo para a promoción de eleccións determinará a falta de validez do correspondente proceso electoral, non obstante tamén se establece que a omisión da comunicación á empresa poderá suplirse por medio do traslado a esta dunha copia da comunicación presentada á oficina pública dependente da autoridade laboral, sempre que esta se produza cunha anterioridade mínima de vinte días respecto da data de iniciación do proceso electoral fixado no escrito de promoción.

A duración do mandato dos delegados de persoal e dos membros do comité de empresa será de 4 anos, entendéndose que se manterán en funcións no exercicio das súas competencias e das súas garantías ata que se tivesen promovido e realizado novas eleccións.

Soamente poderán ser revogados os delegados de persoal e membros do comité durante o seu mandato, por decisión dos traballadores que os elixisen, mediante asemblea convocada para o efecto por instancia dun terzo, como mínimo, dos seus electores e por maioría absoluta destes, mediante sufraxio persoal, libre, directo e secreto. Non obstante, esta revogación non poderá efectuarse durante a tramitación dun convenio colectivo, nin

reformularse ata transcorridos, polo menos, seis meses.

Se se producisen vacantes por calquera causa nos comités de empresa ou de centros de traballo, aquelas serán cubertas automaticamente polo traballador seguinte na lista á que pertenza o substituído. Cando a vacante se refira aos delegados de persoal, será cuberta automaticamente polo traballador que obtivese na votación un número de votos inmediatamente inferior ao último dos elixidos. O substituto serao polo tempo que reste do mandato.

As substitucións, revogacións, dimisións e extincións de mandato comunicaranse á oficina pública dependente da autoridade laboral e ao empresario, e serán publicadas, así mesmo no taboleiro de anuncios.

O procedemento electoral, *stricto sensu*, regúlase nos artigos 69 e seguintes do ET, que establecen que: os membros do comité de empresa (e os delegados de persoal) serán elixidos por todos os traballadores mediante sufraxio persoal, directo, libre e secreto, que poderá emitirse por correo.

Gozan do dereito de sufraxio activo todos os traballadores da empresa ou centro de traballo maiores de dezaseis anos e cunha antigüidade na empresa de, polo menos, un mes, e de sufraxio pasivo os traballadores que teñan dezaioito anos cumpridos e unha antigüidade na empresa de, polo menos, seis meses, salvo naquelas actividades en que, por mobilidade de persoal, se pacte en convenio colectivo un prazo inferior, co límite mínimo de tres meses de antigüidade. Os traballadores estranxeiros poderán ser electores e elixibles cando reúnan as condicións referidas.

Poderán ser presentados candidatos para as eleccións de delegados de persoal e membros do comité de empresa polos sindicatos de traballadores legalmente constituídos ou polas coalicións formadas por dous ou máis deles, que deberán ter unha denominación concreta, atribuíndoselle os seus resultados á coalición. Igualmente poderán presentarse os traballadores que avalen a súa candidatura cun número de sinaturas de electores do seu mesmo centro e colexio, de ser o caso, equivalente polo menos a tres veces o número de postos que se vaian cubrir.

Na elección para *delegados de persoal*, *cada elector poderá dar o seu voto a un número máximo de aspirantes equivalente ao de postos que se vaian cubrir entre os candidatos*

proclamados. Resultarán elixidos os que obteñan o maior número de votos. En caso de empate, resultará elixido o traballador de maior antigüidade na empresa.

Cando se trata de eleccións para o *comité de empresa* establécese que: *nas empresas de máis de cincuenta traballadores, o censo de electores e elixibles distribuirase en dous colexios, un integrado polos técnicos e administrativos e outro polos traballadores especialistas e non cualificados.*

Con todo, nas eleccións a membros do comité de empresa a elección axustarase ás seguintes regras:

- Cada elector poderá dar o seu voto a unha soa das listas presentadas para os do comité que corresponda ao seu colexio. Estas listas deberán conter, como mínimo, tantos nomes como postos se vaian cubrir. Non obstante, a renuncia de calquera candidato presentado nalgúns das listas para as eleccións antes da data da votación non implicará a suspensión do proceso electoral nin a anulación desa candidatura, mesmo cando sexa incompleta, sempre e cando a lista afectada permaneza cun número de candidatos, polo menos, do sesenta por cento dos postos que se vaian cubrir. En cada lista deberán figurar as siglas do sindicato ou grupo de traballadores que a presenten.
- Non terán dereito á atribución de representantes no comité de empresa aquelas listas que non obtivesen como mínimo o 5 por 100 dos votos por cada colexio.
- Mediante o sistema de representación proporcional, atribuiráselle a cada lista o número de postos que lle corresponda, de conformidade co cociente que resulte de dividir o número de votos válidos polo de postos que se vaian cubrir. Se houberse posto ou postos sobrantes, atribuiranse á lista ou listas que teñan un maior resto de votos.
- Dentro de cada lista resultarán elixidos os candidatos pola orde en que figuren na candidatura.

Cómpre sinalar que a inobservancia de calquera das regras citadas determinará a anulabilidade da elección do candidato ou candidatos afectados.

Os que presten servizos en traballos fixos descontinuos e os traballadores vinculados por

contrato de duración determinada estarán representados polos órganos xa citados conxuntamente cos traballadores fixos do cadro de persoal.

Polo tanto, para os efectos de determinar o número de representantes, observarase o seguinte:

a) Os que presten servizos en traballos fixos descontinuos e os traballadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un ano computaranse como traballadores fixos do cadro de persoal.

b) Os contratados por termo de ata un ano computaranse segundo o número de días traballados no período dun ano anterior á convocatoria da elección. Cada douscentos días traballados ou fracción computarase como un traballador máis.

Na empresa ou centro de traballo constituirase unha mesa por cada colexio de 250 traballadores electores ou fracción.

A mesa será a encargada de vixiar todo o proceso electoral, presidir a votación, realizar o escrutinio, levantar a acta correspondente e resolver calquera reclamación que se presente.

A mesa estará formada polo presidente, que será o traballador de máis antigüidade na empresa, e dous vogais, que serán os electores de maior e menor idade. Este último actuará de secretario. Serán designados suplentes aqueles traballadores que sigan os titulares da mesa na orde indicada de antigüidade ou idade. Ningún dos compoñentes da mesa poderá ser candidato e, de selo, substituirao nela o seu suplente.

Cada candidato ou candidatura, de ser o caso, poderá nomear un interventor por mesa. Así mesmo, o empresario poderá designar un representante seu que asista á votación e ao escrutinio.

Procedemento: comunicado á empresa o propósito de celebrar eleccións, esta, no termo de sete días, dará traslado desta aos traballadores que deban constituír a mesa, así como aos representantes dos traballadores, e poñerao simultaneamente en coñecemento dos promotores.

A mesa electoral constituirase formalmente, mediante acta outorgada para o efecto, na data fixada polos promotores na súa comunicación do propósito de celebrar eleccións, que

será a data de iniciación do proceso electoral.

Cando se trate de eleccións a delegados de persoal, o empresario, no mesmo termo, remitiralles aos compoñentes da mesa electoral o censo laboral, que se axustará, para estes efectos, a modelo normalizado.

A mesa electoral cumprirá as seguintes funcións:

- Fará público entre os traballadores o censo laboral con indicación de quen son electores.
- Fixará o número de representantes e a data tope para a presentación de candidaturas.
- Recibirá e proclamará as candidaturas que se presenten.
- Sinalará a data de votación.
- Redactará a acta de escrutinio nun prazo non superior a tres días naturais.

Os prazos para cada un dos actos serán sinalados pola mesa con criterios de razoabilidade e segundo o aconsellan as circunstancias, pero, en todo caso, entre a súa constitución e a data das eleccións non mediarán máis de dez días.

No caso de eleccións en centros de traballo de ata trinta traballadores nos que se elixe un só delegado de persoal, desde a constitución da mesa ata os actos de votación e proclamación de candidatos electos deberán transcorrer vinte e catro horas, debendo en todo caso a mesa facer pública, coa suficiente antelación, a hora de celebración da votación. Se se presentase algunha reclamación farase constar na acta, así como a resolución que tomase a mesa.

Cando se trate de eleccións a membros do comité de empresa, constituída a mesa electoral, solicitaráselle ao empresario o censo laboral e confeccionará, cos medios que lle deberá facilitar este, a lista de electores. Esta farase pública nos taboleiros de anuncios mediante a súa exposición durante un tempo non inferior a setenta e dúas horas.

A mesa resolverá calquera incidencia ou reclamación relativa a inclusións, exclusións ou emendas que se presenten ata vinte e catro horas despois de finalizar o prazo de exposición da lista. Publicará a lista definitiva dentro das vinte e catro horas seguintes. A

continuación, a mesa, ou o conxunto delas, determinará o número de membros do comité que deban ser elixidos en aplicación do disposto no artigo 66.

As candidaturas presentaranse durante os nove días seguintes á publicación da lista definitiva de electores. A proclamación farase nos dous días laborais despois de concluído o dito prazo e publicarase nos taboleiros referidos. Contra o acordo de proclamación poderase reclamar dentro do día laborable seguinte, e resolverá a mesa no posterior día hábil.

Entre a proclamación de candidatos e a votación mediarán polo menos cinco días.

O artigo 75 do ET di que o acto da votación se efectuará no centro ou lugar de traballo e durante a xornada laboral, tendo en conta as normas que regulen o voto por correo e que o empresario facilitará os medios precisos para o normal desenvolvemento da votación e de todo o proceso electoral.

O voto será libre, secreto, persoal e directo, e depositaranse as papeletas, que en tamaño, cor, impresión e calidade do papel serán de iguais características, en urnas pechadas.

Inmediatamente despois de celebrada a votación, a mesa electoral procederá publicamente ao recuento de votos mediante a lectura polo presidente, en voz alta, das papeletas.

Do resultado do escrutinio redactarase acta segundo modelo normalizado, na que se incluírán as incidencias e protestas habidas, de ser o caso. Unha vez redactada a acta será asinada polos compoñentes da mesa, os interventores e o representante do empresario, se o houbese. Deseguido, as mesas electorais dunha mesma empresa ou centro, en reunión conxunta, redactarán a acta do resultado global da votación.

O presidente da mesa remitiralles copias da acta de escrutinio ao empresario e aos interventores das candidaturas, así como aos representantes electos. O resultado da votación publicarase nos taboleiros de anuncios.

O orixinal da acta, xunto coas papeletas de votos nulos ou impugnados polos interventores e a acta de constitución da mesa, serán presentadas no prazo de tres días á oficina pública dependente da autoridade laboral polo presidente da mesa, quen poderá delegar por escrito nalgún membro da mesa. A oficina pública dependente da autoridade

laboral procederá no inmediato día hábil á publicación nos taboleiros de anuncios dunha copia da acta, entregando copia aos sindicatos que así llo soliciten e dará traslado á empresa da presentación na devandita oficina pública da acta correspondente ao proceso electoral que tivo lugar naquela, con indicación da data en que finaliza o prazo para impugna-la, e manterá o depósito das papeletas ata cumprirse os prazos de impugnación. A oficina pública dependente da autoridade laboral, transcorridos os dez días hábiles desde a publicación, procederá ou non ao rexistro das actas electorais.

Correspóndelle á oficina pública dependente da autoridade laboral o rexistro das actas, así como a expedición de copias auténticas destas e, por requirimento do sindicato interesado, das certificacións acreditativas da súa capacidade representativa para os efectos dos artigos 6 e 7 da LOLS. As devanditas certificacións consignarán se o sindicato ten ou non a condición de máis representativo, salvo que o exercicio das funcións ou facultades correspondentes requira a precisión da concreta representatividade posuída.

A denegación do rexistro dunha acta pola oficina pública dependente da autoridade laboral só poderá facerse cando se trate de actas que non vaian redactadas no modelo oficial normalizado, falta de comunicación da promoción electoral á oficina pública, falta da sinatura do presidente da mesa electoral e omisión ou ilexibilidade nas actas dalgún dos datos que impida o cómputo electoral.

Nestes supostos, a oficina pública dependente da autoridade laboral requirirá, dentro do seguinte día hábil, o presidente da mesa electoral para que no prazo de dez días hábiles proceda á emenda correspondente. Ese requirimento será comunicado aos sindicatos que obtivesen representación e ao resto das candidaturas. Unha vez efectuada a emenda, esta oficina pública procederá ao rexistro da acta electoral correspondente. Transcorrido o ese prazo sen que se efectuase a emenda ou non realizada esta en forma, a oficina pública dependente da autoridade laboral procederá, no prazo de dez días hábiles, a denegar o rexistro, e comunicarllelo aos sindicatos que obtivesen representación e ao presidente da mesa. No caso de que a denegación do rexistro se deba á ausencia de comunicación da promoción electoral á oficina pública dependente da autoridade laboral, non caberá requirimento de emenda, polo que, comprobada a falta pola dita oficina pública, esta procederá sen máis trámite á denegación do rexistro, e comunicarllelo ao presidente da

mesa electoral, aos sindicatos que obtiveran representación e ao resto das candidaturas.

A resolución denegatoria do rexistro poderá ser impugnada ante a orde xurisdiccional social.

Polo tanto atopamos que, xunto á representación unitaria xa exposta, existe outra de carácter sindical, xa que se lle permite ao sindicato introducir nestes mesmos establecementos un ente propio, a **sección sindical**. O mecanismo de representación dos traballadores na empresa de carácter sindical, a sección sindical, existe como manifestación da liberdade organizativa interna do sindicato con posibilidade de levar a cabo no dito ámbito a acción reivindicativa. Xunto ao anterior, e co carácter de contido adicional da liberdade sindical, a LOLS permitirá que o sindicato, a través da súa sección sindical, estenda a súa actuación ao interior das empresas, e exercerá, ademais das accións reivindicativas, outras de carácter participativo.

En canto á súa natureza xurídica, o Tribunal Constitucional considerou que as seccións sindicais son "instancias organizativas internas do sindicato" e tamén "representacións externas ás que a Lei lles confire determinadas vantaxes e prerrogativas, que supoñen correlativamente cargas e custos para a empresa".

A expresión constitucional pode entenderse referida a unha única natureza da institución e ás súas funcións; en canto á súa natureza, a sección sindical é un órgano da estrutura interna do sindicato do que este se dota no exercicio da súa facultade organizativa, e polo que se refire ás súas funcións (representar e defender os intereses dos traballadores, en calquera ámbito), estamos ante unha facultade connatural ao sindicato, que debe ser exercida polos seus distintos órganos, e entre eles atópase a sección sindical.

A sección sindical é, pois, o vehículo que lle permite ao sindicato o acceso ao interior da empresa e que, en consecuencia, non admite un tratamento independente desta organización en que se integra.

En canto á constitución da sección sindical, hai que recalcar que non existe un procedemento que haxa que seguir para ter por constituída a sección. Non obstante, parece que será necesario algún tipo de comunicación ao empresario do feito da constitución para que a sección sindical poida despregar a súa actividade básica e poida solicitar a efectividade dos dereitos que lle correspondesen.

Igual que acontece co tema da constitución da sección sindical, tampouco atopamos na LOLS previsións sobre a súa organización interna e funcionamento, polo que dependerán do que dispoña o propio sindicato en cada caso. É precisamente esta peculiar forma de constitución da sección sindical a que determina a súa dinámica de funcionamento, e polo tanto determina a súa existencia, a súa duración ou vixencia, a súa disolución e a súa extinción, que se atopan directamente vinculadas á vontade sindical en cada caso concreto.

Debe destacarse a importancia do tratamento e valoración da denominada implantación sindical. A implantación, entendida como presenza de afiliados no ámbito persoal, territorial ou funcional de referencia, posibilitará a aplicación dos dereitos recoñecidos ao sindicato a través da súa sección sindical unicamente naqueles marcos en que poida acreditar a súa presenza efectiva.

Un suposto particular do ámbito ao que referir a actuación da sección sindical constitúeo o grupo de empresas a nivel comunitario. Xa se previu coa Directiva 94/45/CE do Consello a existencia dun órgano de representación dos traballadores en empresas ou grupos de empresas transnacionais, orientado ao dereito á información e á consulta dos traballadores que prestan servizos en empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria, porque se entende que ante determinados modelos da organización empresarial eses dereitos poden carecer da necesaria efectividade. Iso permite concluír que a sección sindical, como órgano do sindicato na empresa, podería ser constituída en calquera ámbito organizativo empresarial, aínda que, iso si, sempre no seu nivel máximo: empresa ou grupo de empresas, e desenvolver nel todas as facultades vinculadas á acción sindical.

A sección sindical desenvolve funcións de representación (negociación colectiva, folga, promoción de conflitos individuais) e de participación (artigo 10 da LOLS).

É obrigado referirse á figura do delegado sindical, caracterizado pola mesma lei como o representante da sección sindical (artigo 10 LOLS). Pero a LOLS só toma en consideración un concreto número de delegados sindicais de determinadas seccións sindicais, e só nalgúns empresas ou centros de traballo.

O anterior permite falar de dous tipos de delegados sindicais segundo posúan ou non atribucións de acordo coa LOLS. No primeiro caso existirá un recoñecemento para os

efectos externos, máis alá do estrito marco da sección sindical, dos delegados sindicais beneficiados polo artigo 10 LOLS, os identificados habitualmente co termo "delegado sindical". O segundo tipo integraranos aqueles delegados sindicais que deben limitar a súa actuación á estrita representación da sección sindical, e serán obxecto de moi diversas denominacións: "voceiros", "delegados internos", "delegados privados", etc.

Polo tanto, toda sección sindical actuará representada por delegados sindicais. Será por mediación destes suxeitos como se exerzan as facultades que integran a liberdade sindical, sen prexuízo de que algúns deles, de concorreren todas as esixencias requiridas pola LOLS, contén ademais con outras facultades engadidas ás xerais. Igual que sucedía coa sección sindical, a LOLS remitiu ás disposicións de cada central sindical os aspectos relativos á estrutura e funcionamento dos delegados sindicais, sen prexuízo de que tamén neste caso sexa necesario comunicarlle a súa existencia ao empresario. Pero si se exixen unha serie de requisitos para a existencia de delegados sindicais relativos á empresa ou centro de traballo e ao sindicato de pertenza. Polo que se refire ao sindicato, este debe contar con presenza unitaria na empresa. En canto á empresa ou o centro de traballo, a exixencia é que se superen os 250 traballadores.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO MARTA CARBALLO NEIRA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 6

CONCEPTO E PRINCIPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL: ESTRUCTURA E ÁMBITO. RÉXIME XERAL E RÉXIMES ESPECIAIS DA SEGURIDADE SOCIAL. A XESTIÓN DA SEGURIDADE SOCIAL: ENTIDADES XESTORAS E DE SERVIZOS

TEMA 6. CONCEPTO E PRINCIPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL: ESTRUCTURA E ÁMBITO. RÉXIME XERAL E RÉXIMES ESPECIAIS DA SEGURIDADE SOCIAL. A XESTIÓN DA SEGURIDADE SOCIAL: ENTIDADES XESTORAS E DE SERVIZOS

1. Concepto e principios da Seguridade Social

A vixente Constitución do 27 de decembro de 1978 establece no seu artigo 41 que *os poderes públicos manterán un réxime público de Seguridade Social para todos os cidadáns, que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente en caso de desemprego. A asistencia e prestacións complementarias serán libres.*

A competencia exclusiva en materia de lexislación básica e réxime económico da Seguridade Social, sen prexuízo da execución dos seus servizos polas CCAA, corresponde ao Estado.

O lexislador desenvolve este precepto que é principio reitor da política social e económica a través **do Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social** (en adiante TRLGSS). O **artigo 2 do TRLGSS** dispón que *o sistema da Seguridade Social, configurado pola acción protectora nas súas modalidades contributiva e non contributiva, se fundamenta nos principios de universalidade, unidade, solidariedade e igualdade. O Estado, por medio da Seguridade Social, garante ás persoas comprendidas no campo de aplicación desta, por cumprir os requisitos exixidos nas modalidades contributiva ou non contributiva, así como aos familiares ou asimilados que tiveran ao seu cargo, a protección adecuada fronte ás continxencias e nas situacións que se recollen nesta lei.*

Convén facer unha superficial referencia aos antecedentes desta norma. Dentro da Seguridade Social distínguense tres sistemas distintos:

- O sistema de seguros sociais (anterior a 01/01/1967).
- O sistema contributivo (desde o 01/01/1967).
- O sistema de Seguridade Social de asistencia (desde a promulgación da vixente Constitución).

Pártese da creación da Lei de accidentes de 1900 á que segue o primeiro seguro social (o retiro obreiro obrigatorio). En 1939 transfórmase no subsidio de vellez e en 1947 pasa a ser seguro obrigatorio de vellez e invalidez (SOVI). Xa en 1929 existía o seguro de maternidade pero non será ata 1942 cando aparece o seguro de enfermidade. Finalmente, en 1961, xorde o seguro nacional de desemprego. Todos estes seguros se xestionaban a través do Instituto Social de Previsión, que se creou en 1908 para promover a idea do seguro entre os traballadores.

Paralelamente aparecen as mutualidades laborais (1946) e o complemento familiar. As primeiras xorden como un complemento na protección de diversas profesións e o segundo financiábase exclusivamente polo sindicatos ou empresario e permitía a constante actualización dos salarios.

Pero os precitados mecanismos de protección resultaron ser insuficientes e moi desiguais.

Os principios reitores ou que caracterizan o actual modelo de Seguridade Social concrétanse nos seguintes:

- Supresión do ánimo de lucro.
- Financiamento tripartito, xa que se financia a cargo do empresario, do traballador e do Estado.
- Xestión pública, xa que é a propia Administración a que se encarga da xestión do sistema a través das correspondentes unidades xestoras (aínda que a Seguridade Social de carácter complementario que recolle o A.41 CE se pode xestionar a través de entidades privadas).
- Participación dos interesados na xestión, xa que a propia CE establece no A.129 que a lei establecerá as formas de participación dos interesados na Seguridade Social. A regulación provisional da dita participación levouse a cabo polo Real decreto 3.064/1978, que dispón a «participación dos sindicatos, empresarios e Administración pública no funcionamento da Seguridade Social, a saúde e o emprego». Os RR.DD. 1.854/1979, 1.855/1979 e 1.856/1979, relativos á estrutura e competencias do INSS, INSALUD e INSERSO (hoxe directivos), precisan os termos desa participación nos órganos directivos dos ditos entes xestores da Seguridade Social. A O. 17.1.1980 regula pola súa parte os Consellos Xerais dos citados entes.

- E un sistema de tendencia á unidade porque o executivo pode integrar calquera réxime especial no xeral.

1. O sistema de Seguridade Social: estrutura e ámbito

Historicamente aparece como unha nova técnica de sistematización e racionalización dos seguros sociais existentes, pero implicou cambios importantes, introduciu novos conceptos que perfeccionan o sistema de protección e os seus obxectivos económicos e sociais.

Así, temos que do concepto de «seguro social» se pasa ao de «Seguridade Social» termo que se adoptou na Lei de Seguridade Americana de 1935 e no sistema de neozelandés.

Os cambios supuxeron: a unificación dos seguros sociais (cotización única e xestión centralizada), a consideración conxunta das continxencias protexidas, unha racionalización da estrutura por réximes e colectivos así como unha racionalización da xestión (á que se dota notablemente de carácter público), unha simplificación da organización (técnica, administrativa e financeira) e dos réximes xurídicos.

Tamén supón un cambio importante en relación co seguro social a técnica das pensións mínimas e das revalorizacións das pensións, a configuración pública das cotizacións (rompendo a relación prestacións-cotización) e a introdución de prestacións de servizos, preventivas.

Recíclanse vellas técnicas e irrompe a denominada Seguridade Social non contributiva, cuxo obxectivo é atender aos riscos da sociedade industrial para os que leven a cabo unha actividade profesional e suplir as carencias do sistema contributivo e conseguir o obxectivo social dunha certa redistribución da renda cara aos sectores non protexidos polo sistema (anciáns ou inválidos, sen dereito a pensión, viúvas sen recursos económicos, etc.).

A estrutura do sistema de SS implica a existencia de:

- réxime xeral, a través do cal se protexe o colectivo máis amplo. Regúlase no título II TRLGSS.
- Réximes especiais que, segundo establece o **art. 10.1** se establecerán naquelas *actividades profesionais en que, pola súa natureza, as súas peculiares condicións de tempo e lugar ou pola índole dos seus procesos produtivos, se fixese preciso tal establecemento para a adecuada aplicación do beneficios da Seguridade Social*. Regúlanse no A. 10 do TRLGSS.

Tras a **LGSS de 1994**: mantéñense os seguintes réximes especiais (**art. 10.2**), tras a modificación operada pola DF 1.1 da Lei 28/2011, do 22 de setembro, pola que se procede á integración do Réxime especial agrario da Seguridade Social no Réxime xeral da Seguridade Social:

- a) Traballadores por conta propia ou autónomos. (**Decreto 2530/1970, do 20 de agosto, polo** que se regula o **réxime especial de traballadores por conta propia ou autónomos**, desenvolvido por **O. 24 de setembro de 1970**).
- b) Traballadores do mar. (**D. 2864/1974, do 30 de agosto, polo que se aproba o TR do réxime especial de SS de traballadores do mar; D. 1867/1970, do 9 de xullo, aproba o seu regulamento.**
- c) Funcionarios públicos, civís e militares. Pese a que o **art. 10 da LGSS** considera dentro do sistema da Seguridade Social os funcionarios públicos civís e militares, o seu réxime xurídico de Seguridade Social está fóra e regúlase por normas propias. Non obstante, iniciouse un proceso de integración no réxime xeral que comezou cos funcionarios da Administración local e os das comunidades autónomas. Os demais, constitúen aínda réximes especiais periféricos, exteriores ao Sistema da Seguridade Social e regulados por normas propias.
- d) Estudantes. (**Lei do 17 de xullo de 1953 sobre establecemento do seguro escolar**).
- e) Os demais grupos que determine o Ministerio de Traballo e Inmigración, por considerar necesario o establecemento para eles dun réxime especial, de acordo co previsto no punto 1 deste artigo.

E polo que se refire aos socios traballadores de cooperativas de traballo asociado, hai que ter en conta a **D. A. 4ª TRLGSS**, segundo a cal: "*Os socios traballadores das cooperativas de traballo asociado gozarán dos beneficios da Seguridade Social e poderán optar á cooperativa entre as modalidades seguintes:*

- a) *Como asimilados a traballadores por conta allea. As ditas cooperativas quedarán integradas no réxime xeral ou nalgún dos réximes especiais da Seguridade Social, segundo proceda, de acordo coa súa actividade.*
- b) *Como traballadores autónomos no réxime especial correspondente*".

En consecuencia, do exposto resulta que o modelo español de Seguridade Social non é homoxéneo, non é o mesmo para todas as persoas que quedan protexidas por aquel.

O réxime xeral protexe o sector máis numeroso da poboación e representa o ideal de cobertura, xa que se constatou unha tendencia á supresión dos réximes especiais (permanecerían un máximo de tres: traballadores por conta allea, autónomos e funcionarios) e os restantes integrárianse no réxime xeral.

1. Réxime xeral e réximes especiais da Seguridade Social

Ademais do xa exposto, polo que se refire ao **réxime xeral** en concreto sinalar que o **A. 97 TRLGSS** establece que estarán obrigatoriamente incluídos no Réxime xeral da Seguridade Social os traballadores por conta allea ou asimilados e para tales efectos decláranse expresamente comprendidos:

a) Os traballadores por conta allea e os socios traballadores de sociedades mercantís capitalistas, aínda cando sexan membros do seu órgano de administración, se o desempeño deste cargo non comporta a realización das funcións de dirección e xerencia da sociedade, nin posúen o seu control nos termos establecidos no punto 1 na disposición adicional vixésimo sétima da presente lei.

Excepto que por razón da súa actividade marítimo-pesqueira corresponda a súa inclusión como traballadores por conta allea no campo de aplicación do Réxime especial de traballadores do mar.

b) Os condutores de vehículos de turismo ao servizo de particulares.

c) O persoal civil non funcionario dependente de organismos, servizos ou entidades do Estado.

d) O persoal civil non funcionario ao servizo de organismos e entidades da Administración local, sempre que non estean incluídos en virtude dunha lei especial noutro réxime obrigatorio de previsión social.

e) Os laicos ou segrares que presten servizos retribuídos nos establecementos ou dependencias das entidades ou institucións eclesiásticas. Por acordo especial coa xerarquía eclesiástica competente regularase a situación dos traballadores laicos e segrares que presten os seus servizos retribuídos a organismos ou dependencias da Igrexa e cuxa misión primordial consista en axudar directamente na práctica do culto.

f) As persoas que presten servizos retribuídos nas entidades ou institucións de carácter benéfico-social.

g) O persoal contratado ao servizo de notarías, rexistros da propiedade e demais oficinas ou centros similares.

h) Os funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a corpos ou escalas de funcionarios que non estean suxeitos ao réxime de clases pasivas e os altos cargos das Administracións públicas que non sexan funcionarios públicos, así como os funcionarios de novo ingreso das comunidades autónomas.

i) Os funcionarios do Estado transferidos ás comunidades autónomas que ingresasen ou ingresen voluntariamente en corpos ou escalas propios da Comunidade Autónoma de destino, calquera que sexa o sistema de acceso.

j) Os membros das corporacións locais e os membros das xuntas xerais dos territorios históricos forais, cabidos insulares canarios e consellos insulares baleares que desempeñen os seus cargos con dedicación exclusiva ou parcial, a salvo do previsto nos artigos 74 e 75, da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

k) Como asimilados a traballadores por conta allea, con exclusión da protección por desemprego e do Fondo de Garantía Salarial, os conselleiros e administradores de sociedades mercantís capitalistas, sempre que non posúan o control destas nos termos establecidos na alínea un da disposición adicional vixésimo sétima da presente lei, cando o desempeño do seu cargo comporte a realización das funcións de dirección e xerencia da sociedade, sendo retribuídos por iso ou pola súa condición de traballadores por conta desta.

Excepto que por razón da súa actividade marítimo-pesqueira corresponda a súa inclusión como traballadores asimilados por conta allea no campo de aplicación do réxime especial de traballadores do mar.

l) Os cargos representativos dos sindicatos constituídos ao abeiro da Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical que exerzan funcións sindicais de dirección con dedicación exclusiva ou parcial e percibindo unha retribución.

m) Calquera outra persoa que, no sucesivo e por razón da súa actividade, sexa obxecto, por real decreto por proposta do ministro de Traballo e Seguridade Social, da

asimilación prevista no punto 1 deste artigo.

Tamén están incluídos no Réxime xeral da Seguridade Social:

- Españaos que teñan a condición de funcionarios de organismos internacionais.
- Integrados en autónomos: están os traballadores ferroviarios, artistas, toureiros (profesionais taurinos como matadores, rexoneadores, sobresalientes, puntilleiros, toureiros cómicos e os aspirantes a tales categorías), representantes de comercio que teñan a condición de traballadores por conta allea de acordo coa normativa laboral e xogadores profesionais de fútbol que residan e exerzan normalmente a súa profesión en territorio nacional.
- As entidades que actuaban como substitorias do réxime xeral, proceso de integración que arrinca co Decreto 2248/1985.
- Ciclistas profesionais (Real decreto 1820/1991).
- Persoal incluído na mutualidade nacional de previsión da administración local (Real decreto 480/1993).
- Xogadores profesionais de balonmán (Real decreto 1708/1997), destacando que mediante o Real decreto 287/2003 se integran outros deportistas profesionais que se encontraban pendentes de integración.

Polo que afecta aos **réximes especiais** destacar que, ben que a súa creación vén inicialmente determinada pola concorrencia en determinadas actividades de notas específicas debidas á súa natureza ou á propia natureza dos procesos produtivos ás cales resultan indisolublemente asociadas ou por especiais condicións de tempo e lugar da prestación do traballo, o que realmente caracteriza o réxime especial da Seguridade Social é que a prestación que dispensa é distinta tanto do réxime xeral como entre cada un dos réximes especiais entre si. Hai que insistir na distinción dos réximes especiais expostos da circunstancia de que naqueles réximes da Seguridade Social en que así resulte necesario, poderán establecerse sistemas especiais exclusivamente nalgunha ou algunhas das seguintes materias: encadramento, afiliación, forma de cotización ou recadación. Na regulación de tales sistemas informará o ministerio competente por razón da actividade ou condición das persoas neles incluídas.

Como sistemas especiais e seguindo a Almansa, pódese afirmar que un sistema é especial

pola particular ordenación administrativa dun sector dentro do ámbito protexido polo réxime xeral ou por outro especial. Polo tanto, en todo o non previsto nun sistema especial, aplicaranse as normas xerais do réxime de que se trate. Na práctica só se regularon sistemas especiais dentro do réxime xeral, que son os da industria resineira, os servizos extraordinarios de hostalaría, a industria de conservas vexetais, empresas dedicadas á manipulación, envasamento e comercialización de froitas e hortalizas, os manipuladores ou empaquetadores de tomate fresco realizado por colleiteiros exportadores, os traballadores fixos descontínuos que presten servizos en empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas e salas de festa e, finalmente, os traballadores fixos descontínuos que presten servizos en empresas de estudos de mercado e de opinión pública.

Como se anticipou, o **artigo 10.2 TRLGSS** os que considera réximes especiais:

- a) Traballadores por conta propia ou autónomos.
- b) Traballadores do mar.
- c) Funcionarios públicos, civís e militares.
- d) Estudantes.
- e) Os demais grupos que determine o Ministerio de Traballo e Inmigración, por considerar necesario o establecemento para eles dun réxime especial, de acordo co previsto no punto 1 deste artigo.

En concreto

- réxime especial do traballadores do mar: comprende igualmente a posibilidade de que o traballo se realice por conta propia ou por conta allea, pero ofrece un concepto legal de traballador por conta allea para estes efectos “*os empregados na mariña mercante, pesca marítima, tráfico interior de portos e similares; os estibadores portuarios, os traballadores do servizo auxiliar sanitario e de fonda e cociña a bordo das embarcacións que transporten emigrantes españois; os administrativos, técnicos e subalternos ao servizo de empresas que se dediquen ás actividades precitadas e os armadores de embarcacións con máis de 10 TM de rexistro bruto ou máis de 5 tripulantes, se figuran no papel e perciben como retribución unha participación no denominado monte menor ou ben un salario como tripulantes*”. O lexislador considera para estes efectos traballadores

por conta propia: “os armadores de embarcacións que non excedan as 10 TM de rexistro bruto ou non leven máis de cinco tripulantes, incluídos eles; os traballadores que se dediquen á extracción de produtos do mar e aqueles redeiros que non realicen as súas tarefas por conta dunha empresa determinada”.

- réxime especial dos traballadores por conta propia ou autónomos: inclúe os traballadores maiores de 18 anos que, de modo habitual, persoal e directo, realizan unha actividade económica a título lucrativo e sen suxeición a contrato de traballo. Así *ab initio* presúmese que é autónomo todo titular dun establecemento aberto ao público como propietario, arrendatario ou usufrutuario; os escritores de libros; aqueles traballadores autónomos estranxeiros que residen e exercen legalmente a súa actividade en territorio nacional sempre que un tratado/convenio internacional así o autoricen e se aplique o principio de reciprocidade e, en todo caso, os traballadores da UE; os socios traballadores das cooperativas de traballo asociado cando opten por este réxime nos seus estatutos; os socios de sociedades regulares colectivas e socios colectivos de sociedades comanditarias que reúnan os requisitos legais; os traballadores autónomos agrícolas titulares de explotacións agrarias con determinado valor de líquido impoñible con cargo ao exercicio de 1982; os socios de sociedades capitalistas ou de responsabilidade limitada que sexan membros de órganos de administración e desenvolvan nas súas empresas funcións executivas e de xerencia e dirección a título lucrativo, de forma persoal, habitual e directa, sen estaren suxeitos a contrato de traballo ou os comuneiros ou socios das comunidades de bens e sociedades civís irregulares que asuman a dirección da empresa e o risco e ventura dela, con responsabilidade limitada de todos os seus bens e para obter beneficios.
- réxime especial dos estudantes: acolle estudantes menores de 28 anos, matriculados en 3º e 3º de ESO programas de garantía social, bacharelato, FP e estudos universitarios de grao medio e superior e aqueles que cursen terceiro ciclo para a obtención do título de doutor. Tamén inclúe estudantes da UE e estudantes estranxeiros cuxos países de orixe teñan convenios de reciprocidade expresa con España.
- réxime especial dos funcionarios: dentro desta categoría existen algúns réximes especiais como MUFACE, ISFAS e MUGEJU.

Por outra parte, en canto ao anterior Réxime especial agrario, débese sinalar que a Lei 28/2011 establece a integración no Réxime xeral da Seguridade Social, desde a entrada en

vigor desta, o 1 de xaneiro de 2012, aos traballadores por conta allea do réxime especial agrario da Seguridade Social e aos empresarios aos que prestan os seus servizos, tamén incluídos neste último réxime, prevéndose, así mesmo, idéntica integración respecto dos traballadores e empresarios que no futuro desempeñen actividades agrarias, así como a lóxica aplicación ao colectivo integrado das normas reguladoras do réxime xeral, sen prexuízo das particularidades consideradas ao respecto nesta norma legal.

Do mesmo modo, a Lei 27/2011 prevé a integración, desde a súa entrada en vigor, o 1 de xaneiro de 2012, do réxime especial do empregados de fogar no réxime xeral da Seguridade Social, mediante o establecemento dun sistema especial para os ditos traballadores, aqueles que terán dereito ás prestacións da Seguridade Social nos mesmos termos e condicións que no réxime xeral, coas peculiaridades que se determinen regulamentariamente

En ambos os casos, non obstante, con peculiaridades que a propia lei deixa a desenvolvemento regulamentario.

4. A xestión da Seguridade Social: entidades xestoras e servizos comúns

Á xestión da Seguridade Social dedícanse os **artigos 57 e seguintes do TRLGSS** que establecen que *a xestión e administración da Seguridade Social a efectuarán, baixo a dirección e tutela dos respectivos departamentos ministeriais, con suxeición a principios de simplificación, racionalización, economía de custos, solidariedade financeira e unidade de caixa, eficacia social e descentralización, as seguintes **entidades xestoras:***

a) O Instituto Nacional da Seguridade Social, para a xestión e administración das prestacións económicas do Sistema da Seguridade Social, con excepción das que se mencionan na letra c) seguinte. Previndo, non obstante, a disposición derogatoria única da Lei 27/2011, a derogación deste precepto no momento de constitución e entrada en funcionamento da Axencia Estatal da Administración da Seguridade Social.

b) O Instituto Nacional da Saúde, para a administración e xestión de servizos sanitarios.

c) O Instituto Nacional de Servizos Sociais, para a xestión das pensións de



invalidez e de xubilación, nas súas modalidades non contributivas, así como dos servizos complementarios das prestacións do sistema da Seguridade Social.

As distintas entidades xestoras, para efectos da debida homoxeneización e racionalización dos servizos, coordinarán a súa actuación para a utilización de instalacións sanitarias, mediante os concertos ou colaboracións que para o efecto se determinen entre estas.

As entidades xestoras teñen a natureza de entidades de dereito público e capacidade xurídica para o cumprimento dos fins que lles están encomendados.

En canto á súa **estrutura e competencias**, o lexislador dispón que o Goberno, por proposta do departamento ministerial de tutela, regulamentará a estrutura e competencias das entidades a que se refire o artigo anterior e que as entidades xestoras desenvolverán a súa actividade en réxime descentralizado, nos diferentes ámbitos territoriais ben que os centros asistenciais das entidades xestoras poderán ser xestionados e administrados polas entidades locais.

Ademais o TRLGSS faculta o Goberno para regular a participación no control e vixilancia da xestión das entidades xestoras, que se efectuará gradualmente, desde o nivel estatal ao local, por órganos nos cales figurarán, fundamentalmente, por partes iguais, representantes dos distintos sindicatos, das organizacións empresariais e da Administración pública.

As entidades xestoras, coa previa conformidade do departamento ministerial de tutela, poderán pertencer a asociacións e organismos internacionais, concertar operacións, establecer reciprocidade de servizos con institucións estranxeiras de análogo carácter e participar, na medida e co alcance que se lles atribúa, na execución dos convenios internacionais de Seguridade Social.

Servizos comúns

O establecemento de servizos comúns, así como a regulamentación da súa estrutura e competencias corresponde ao Goberno, por proposta do Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

A Tesouraría Xeral da Seguridade Social é un servizo común con personalidade xurídica propia, no cal, por aplicación dos principios de solidariedade financeira e caixa única, se

unifican todos os recursos financeiros, tanto por operacións orzamentarias como extraorzamentarias. Terá ao seu cargo a custodia dos fondos, valores e créditos e as atencións xerais e dos servizos de recadación de dereitos e pagamentos das obrigas do sistema da Seguridade Social.

Non obstante, e do mesmo modo, prevese na disposición derogatoria única da Lei 27/2011, a derogación destes artigos 62 e 63 no momento de constitución e entrada en funcionamento da Axencia Estatal da Administración da Seguridade Social.

Normas comúns ás entidades xestoras e servizos comúns

- ***Reserva de nome:*** ningunha entidade pública ou privada poderá usar en España o título ou os nomes das entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, nin os que poidan resultar da adición a estes dalgunhas palabras ou da mera combinación, noutra forma, das principais que os constitúen. Tampouco poderán incluír na súa denominación a expresión Seguridade Social, salvo expresa autorización do Ministerio de Traballo e Seguridade Social.
- ***Exencións tributarias e outros beneficios:*** as entidades xestoras e servizos comúns gozarán na mesma medida que o Estado, coas limitacións e excepcións que, en cada caso, estableza a lexislación fiscal vixente, de exención tributaria absoluta, incluídos os dereitos e honorarios notariais e rexistras, polos actos que realicen ou os bens que adquiren ou posúan afectados aos seus fins, sempre que os tributos ou exaccións de que se trate recaian directamente sobre os organismos de referencia en concepto legal de contribuínte e sen que sexa posible legalmente a translación da carga tributaria a outras persoas. Tamén gozarán, na mesma medida que o Estado, de franquía postal e telegráfica.
- ***Reserva de datos e réxime de persoal:*** os datos, informes ou antecedentes obtidos pola Administración da Seguridade Social no exercicio das súas funcións teñen carácter reservado e soamente se poderán utilizar para os fins encomendados ás distintas entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, sen que poidan ser cedidos ou comunicados a terceiros, salvo que a cesión ou comunicación teña por obxecto:
 - a) A investigación ou persecución de delitos públicos polos órganos xurisdicionais, o Ministerio Público ou a Administración da Seguridade Social.
 - b) A colaboración coas administracións tributarias para efectos do cumprimento



de obrigas fiscais no ámbito das súas competencias.

c) A colaboración co sistema da Inspección de Traballo e Seguridade Social e a Intervención Xeral da Seguridade Social, no exercicio das súas funcións de inspección e control interno ou coas demais entidades xestoras da Seguridade Social distintas do cedente e demais órganos da Administración da Seguridade Social e para os fins de estatística pública nos termos da Lei reguladora da dita función pública.

d) A colaboración con calquera outra Administración pública para a loita contra a fraude na obtención ou percepción de axudas ou subvencións a cargo de fondos públicos, incluídos os da Unión Europea, así como na obtención ou percepción de prestacións incompatibles nos distintos réximes do sistema da Seguridade Social.

e) A colaboración coas comisións parlamentarias de investigación no marco legalmente establecido.

f) A protección dos dereitos e intereses dos menores ou incapacitados polos órganos xurisdicionais ou o Ministerio Público.

g) A colaboración co Tribunal de Contas no exercicio das súas funcións de fiscalización da Administración da Seguridade Social.

h) A colaboración cos xuíces e tribunais no curso do proceso e para a execución de resolucións xudiciais firmes. A solicitude xudicial de información exixirá resolución expresa, na cal, por térense esgotado os demais medios ou fontes de coñecemento sobre a existencia de bens e dereitos do debedor, se motive a necesidade de pedir datos da Administración da Seguridade Social.

- O acceso aos datos, informes ou antecedentes de todo tipo obtidos pola Administración da Seguridade Social sobre persoas físicas ou xurídicas, calquera que sexa o seu soporte, polo persoal ao servizo daquela e para fins distintos das funcións que lle son propias, considerarase sempre falta disciplinaria grave. Cantas autoridades e persoal ao servizo da Administración da Seguridade Social teñan coñecemento destes datos ou informes estarán obrigados ao máis estrito e completo sxiilo respecto deles, salvo nos casos dos delitos citados, nos cales se limitarán a deducir o tanto de culpa ou a remitir ao

Ministerio Fiscal relación circunstanciada dos feitos que se estimen constitutivos de delito. Con independencia das responsabilidades penais ou civís que puidesen corresponder, a infracción deste particular deber de sixilo considerárase sempre falta disciplinaria moi grave.

*Os funcionarios da Administración da Seguridade Social rexeranse polo disposto na Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, e demais disposicións que lles sexan de aplicación.

- ***Provisión de información ás entidades xestoras das prestacións económicas da Seguridade Social:*** a lei establece os seguintes supostos de provisión de información ás entidades xestoras da Seguridade Social:

a) Polos organismos competentes dependentes do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas ou, se é o caso, das comunidades autónomas ou das deputacións forais facilitaranse, dentro de cada exercicio anual, ás entidades xestoras da Seguridade Social responsables da xestión das prestacións económicas e, por petición destas, os datos relativos aos niveis de renda e demais ingresos dos titulares de prestacións, en canto determinen o dereito a estas, así como dos beneficiarios cónxuxes e outros membros das unidades familiares, sempre que se deban ter en conta para o recoñecemento, mantemento ou contía das ditas prestacións co fin de verificar se aqueles cumpren en todo momento as condicións necesarias para a percepción das prestacións e na contía legalmente establecida.

Tamén facilitarán estes mesmos organismos, por petición das entidades xestoras da Seguridade Social, un número de conta corrente do interesado para proceder, cando se recoñeza a prestación, ao seu aboamento.

b) O organismo que designe o Ministerio de Xustiza facilitará ás entidades xestoras da Seguridade Social a información que estas soliciten respecto das inscricións e datos que garden relación co nacemento, modificación, conservación ou extinción do dereito ás prestacións económicas da Seguridade Social.



c) Os empresarios facilitarán ás entidades xestoras da Seguridade Social, os datos que estas lles soliciten para poder efectuar as comunicacións a través de sistemas informáticos, electrónicos e/ou telemáticos, que garantan un procedemento de comunicación áxil no recoñecemento e control das prestacións da Seguridade Social relativas aos seus traballadores.

Os datos que se faciliten en relación cos traballadores deberán identificar, en todo caso, nome e apelidos, documento nacional de identidade ou número de identificación de estranxeiro e domicilio.

d) O Instituto Nacional de Estatística facilitará ás entidades xestoras da Seguridade Social responsables da xestión das prestacións económicas os datos de domicilio relativos ao padrón municipal que poidan gardar relación co nacemento, modificación, conservación ou extinción do dereito ás prestacións en calquera procedemento, así como coa actualización da información que consta nas bases de datos do Sistema de Seguridade Social.

Todos os datos relativos aos solicitantes de prestacións económicas do Sistema de Seguridade Social que consten en poder das entidades xestoras e que fosen remitidos por outros organismos públicos ou por empresas mediante transmisión telemática, ou cando aqueles se consoliden nas bases de datos corporativas do Sistema de Seguridade Social como consecuencia do acceso informático directo ás bases de datos corporativas doutros organismos ou empresas, producirán plenos efectos e terán a mesma validez que se fosen notificados polos ditos organismos ou empresas mediante certificación en soporte papel.

As provisións de información ás entidades xestoras da Seguridade Social mencionadas non precisarán consentimento previo do interesado.

Os datos, informes e antecedentes subministrados conforme o disposto anteriormente unicamente serán tratados no marco das funcións de xestión de prestacións atribuídas ás entidades xestoras e servizos comúns da Seguridade Social, sen prexuízo do disposto no artigo 66 desta lei.

Finalmente e polo que se refire á **colaboración**, o TRLGSS establece que a colaboración na xestión do sistema da Seguridade Social se levará a cabo por mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social e por empresas, de acordo co establecido na presente sección.

A colaboración na xestión poderana realizar tamén por asociacións, fundacións e entidades públicas e privadas, logo da súa inscrición nun rexistro público.

Sobre esta materia introduciu diversas modificacións no TRLGSS a Lei 35/2014, do 26 de decembro, pola que se modifica este en relación co réxime xurídico das mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social.

Mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social (mutuas colaboradoras coa Seguridade Social).

Sinala o artigo 68 TRLGSS que son mutuas colaboradoras coa Seguridade Social as asociacións privadas de empresarios constituídas mediante autorización do Ministerio de Emprego e Seguridade Social e inscrición no rexistro especial dependente deste, que teñen por finalidade colaborar na xestión da Seguridade Social, baixo a dirección e tutela deste, sen ánimo de lucro e asumindo os seus asociados responsabilidade mancomunada nos supostos e co alcance establecidos na lei. Unha vez constituídas, adquiren personalidade xurídica e capacidade de obrar para o cumprimento dos seus fins. O ámbito de actuación destas esténdese a todo o territorio do Estado.

O seu obxecto é o desenvolvemento, mediante a colaboración co Ministerio de Emprego e Seguridade Social, das seguintes actividades da Seguridade Social:

a) A xestión das prestacións económicas e da asistencia sanitaria, incluída a rehabilitación, comprendidas na protección das continxencias de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social, así como das actividades de prevención das mesmas continxencias que dispensa a acción protectora.

b) A xestión da prestación económica por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns.

c) A xestión das prestacións por risco durante o embarazo e risco durante a lactación natural.

d) A xestión das prestacións económicas por cesamento na actividade dos traballadores

por conta propia, nos termos establecidos na Lei 32/2010, do 5 de agosto, pola que se establece un sistema específico de protección por cesamento de actividade dos traballadores autónomos.

e) A xestión da prestación por coidado de menores afectados por cancro ou outra enfermidade grave.

f) As demais actividades da Seguridade Social que lles sexan atribuídas legalmente.

As prestacións e os servizos atribuídos á xestión das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social forman parte da acción protectora do Sistema e dispensaranse a favor dos traballadores ao servizo dos empresarios asociados e dos traballadores por conta propia adheridos conforme as normas do réxime da Seguridade Social no que estean encadrados e co mesmo alcance que dispensan as entidades xestoras nos supostos atribuídos a estas, coas seguintes particularidades:

a) Respecto das continxencias profesionais, corresponderá ás mutuas a determinación inicial do carácter profesional da continxencia, sen prexuízo da súa posible revisión ou cualificación pola entidade xestora competente de acordo coas normas de aplicación.

Os actos que diten as mutuas, polos que recoñezan, suspendan, anulen ou extingan dereitos nos supostos atribuídos a estas, serán motivados e formalizaranse por escrito, estando supeditada a súa eficacia á notificación ao interesado. Así mesmo, notificaranse ao empresario cando o beneficiario manteña relación laboral e produzan efectos nesta.

As prestacións sanitarias comprendidas na protección das continxencias profesionais serán dispensadas a través dos medios e instalacións xestionados polas mutuas, mediante convenios con outras mutuas ou coas administracións públicas sanitarias, así como mediante concertos con medios privados, nos termos establecidos no artigo 199 e nas normas reguladoras do funcionamento das entidades.

b) A xestión da prestación económica por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns desenvolverase nos termos e condicións establecidos na disposición adicional décimo primeira.

c) As actividades preventivas da acción protectora da Seguridade Social son prestacións asistenciais a favor dos empresarios asociados e dos seus traballadores dependentes, así como dos traballadores por conta propia adheridos, que non xeran dereitos subxectivos,

dirixidas a asistiren a estes no control e, se é o caso, redución dos accidentes de traballo e das enfermidades profesionais da Seguridade Social. Tamén comprenderán actividades de asesoramento ás empresas asociadas e aos traballadores autónomos co obxecto de que adapten os seus postos de traballo e estruturas para a recolocación dos traballadores accidentados ou con patoloxías de orixe profesional, así como actividades de investigación, desenvolvemento e innovación que vaian realizar directamente as mutuas, dirixidas á redución das continxencias profesionais da Seguridade Social.

Corresponderá ao órgano de dirección e tutela das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social, dependente do Ministerio de Emprego e Seguridade Social, establecer a planificación periódica das actividades preventivas da Seguridade Social que desenvolverán aquelas, os seus criterios, contido e orde de preferencias, así como tutelar o seu desenvolvemento e avaliar a súa eficacia e eficiencia. As comunidades autónomas que teñan competencia de execución compartida en materia de actividades de prevención de riscos laborais, e sen prexuízo do establecido nos seus respectivos estatutos de autonomía, poderán comunicar ao órgano de tutela das mutuas as actividades que consideren que se deban desenvolver nos seus respectivos ámbitos territoriais para que se incorporen á planificación das actividades preventivas da Seguridade Social.

As reclamacións que teñan por obxecto prestacións e servizos da Seguridade Social obxecto da colaboración na súa xestión ou que teñan o seu fundamento nestas, incluídas as de carácter indemnizatorio, tramitaranse ante a orde xurisdiccional social de conformidade co establecido na Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdicción social.

As obrigas económicas que se atribúan ás mutuas serán pagadas con cargo aos recursos públicos adscritos para o desenvolvemento da colaboración, sen prexuízo de que aquelas obrigas que teñan por obxecto pensións se financien de conformidade co disposto no artigo 87.3 TRLGSS.

A colaboración das mutuas na xestión da Seguridade Social non poderá servir de fundamento a operacións de lucro mercantil nin comprenderán actividades de captación de empresas asociadas ou de traballadores adheridos. Tampouco poderá dar lugar á concesión de beneficios de ningunha clase a favor dos empresarios asociados, nin á substitución destes nas obrigas que lles correspondan pola súa condición de empresarios.

Estas forman, ademais, parte do sector público estatal de carácter administrativo, de conformidade coa natureza pública das súas funcións e dos recursos económicos que xestionan, sen prexuízo da natureza privada da entidade.

A constitución dunha mutua colaboradora coa Seguridade Social exige o cumprimento dos seguintes requisitos:

a) Que concorran un mínimo de cincuenta empresarios, aqueles que pola súa vez contén cun mínimo de trinta mil traballadores e un volume de cotización por continxencias profesionais non inferior a 20 millóns de euros.

b) Que limiten a súa actividade ao exercicio das funcións establecidas no artigo 68 TRLGSS.

c) Que presten fianza, na contía que establezan as disposicións de aplicación e desenvolvemento desta lei, para garantir o cumprimento das súas obrigas.

d) Que exista autorización do Ministerio de Emprego e Seguridade Social, logo de aprobación dos estatutos da mutua, e inscrición no rexistro administrativo dependente deste.

O Ministerio de Emprego e Seguridade Social, unha vez comprobada a concorrencia dos requisitos establecidos nas letras a), b) e c) e que os estatutos se axustan ao ordenamento xurídico, autorizará a constitución da mutua colaboradora coa Seguridade Social e ordenará a súa inscrición no Rexistro de mutuas colaboradoras coa Seguridade Social dependente deste. A orde de autorización publicarase no "Boletín Oficial del Estado", na que así mesmo se consignará o seu número de rexistro, adquirindo desde entón personalidade xurídica. A denominación da mutua incluírá a expresión "Mutua Colaboradora coa Seguridade Social", seguida do número co que fose inscrita. A denominación deberá ser utilizada en todos os centros e dependencias da entidade, así como nas súas relacións cos seus asociados, adheridos e traballadores protexidos, e con terceiros.

O sostemento e funcionamento das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social, así como das actividades, prestacións e servizos comprendidos no seu obxecto, financiaranse mediante as cotas da Seguridade Social adscritas a estas, os rendementos, incrementos, contraprestacións e compensacións obtidos tanto do investimento financeiro destes

recursos como do alleamento e desadscrición por calquera título dos bens mobles e inmobles da Seguridade Social adscritos a aquelas e, en xeral, mediante calquera ingreso obtido en virtude do exercicio da colaboración ou polo emprego dos medios desta.

A Tesourería Xeral da Seguridade Social entregará ás mutuas as cotas por accidentes de traballo e enfermidades profesionais ingresadas naquela polos empresarios asociados a cada unha ou polos traballadores por conta propia adheridos, así como a fracción de cota correspondente á xestión da prestación económica por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns, a cota por cesamento na actividade dos traballadores autónomos e o resto de cotizacións que correspondan polas continxencias e prestacións que xestionen, logo de dedución das achegas destinadas ás entidades públicas do sistema polo reaseguro obrigatorio e pola xestión dos servizos comúns, así como das cantidades que, se é o caso, se establezan legalmente.

Son recursos públicos do Sistema da Seguridade Social adscritos a aquelas os dereitos de crédito que se xeren a consecuencia de prestacións ou servizos que dispensen as mutuas a favor de persoas non protexidas por estas ou, cando estando protexidas, corresponda a un terceiro o seu pagamento por calquera título, así como os orixinados por prestacións indebidamente satisfeitas.

O importe destes créditos será liquidado polas mutuas, as cales reclamarán o seu pagamento do suxeito obrigado na forma e condicións establecidas na norma ou concerto do que naza a obriga e ata obter o seu pagamento ou, no seu defecto, o título xurídico que habilite a exhibibilidade do crédito, o cal comunicarán á Tesouraría Xeral da Seguridade Social para a súa recadación de acordo co procedemento establecido nesta lei e nas súas normas de desenvolvemento.

Os ingresos por servizos previstos no artigo 68.3.a) dispensados a traballadores non incluídos no ámbito de actuación da Mutua, xerarán crédito no orzamento de gastos da mutua que presta o servizo, nos conceptos correspondentes aos gastos da mesma natureza que os que se orixinaron pola prestación dos ditos servizos.

O Ministerio de Emprego e Seguridade Social, en todos os procedementos dirixidos ao cobramento da débeda, poderá autorizar o pagamento dos dereitos de crédito en forma distinta á do seu ingreso en metálico e determinará o importe líquido do crédito que resulte extinguido, así como os termos e condicións aplicables ata a extinción do dereito.

Cando o suxeito obrigado sexa unha Administración pública ou unha entidade da mesma natureza e as débedas teñan a súa causa na dispensación de asistencia sanitaria, o Ministerio de Emprego e Seguridade Social poderá, así mesmo, autorizar o pagamento mediante dación de bens, sen prexuízo da aplicación do resto de facultades que se atribúen a este ata a extinción do dereito.

Son gastos de administración das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social os derivados do sostemento e funcionamento dos servizos administrativos da colaboración e comprenderán os gastos de persoal, os gastos correntes en bens e servizos, os gastos financeiros e as amortizacións de bens inventariables. Estarán limitados anualmente ao importe resultante de aplicar sobre os ingresos de cada exercicio a porcentaxe que corresponda da escala que se establecerá regulamentariamente.

Por outra parte, dispón a lei que os órganos de goberno das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social son a Xunta Xeral, a Xunta Directiva e o Director Xerente.

O órgano de participación institucional é a Comisión de Control e Seguimento.

A Comisión de Prestacións Especiais é o órgano a quen corresponde a concesión dos beneficios da asistencia social potestativa prevista no artigo 75 bis.1.b).

A Xunta Xeral é o órgano de goberno superior da mutua e estará integrada por todos os empresarios asociados, por unha representación dos traballadores por conta propia adheridos nos termos que regulamentariamente se establezan, e por un representante dos traballadores dependentes da mutua. Carecerán de dereito a voto aqueles empresarios asociados, así como os representantes dos traballadores por conta propia adheridos, que non estean ao corrente no pagamento das cotizacións sociais. Reunirase con carácter ordinario unha vez ao ano para aprobar o anteproxecto de orzamentos e as contas anuais e con carácter extraordinario as veces que sexa convocada pola Xunta Directiva cumpridos os requisitos que regulamentariamente se establezan para a súa convocatoria e celebración. É competencia desta, en todo caso, a designación e renovación dos membros da Xunta Directiva, ser informada sobre as dotacións e aplicacións do patrimonio histórico, a reforma dos estatutos, a fusión, absorción e disolución da entidade, a designación dos liquidadores e a exixencia de responsabilidade aos membros da Xunta Directiva.

A Xunta Directiva é o órgano colexiado ao cal corresponde o goberno directo da mutua.

Estará composta por entre dez e vinte empresarios asociados, dos cales o trinta por cento corresponderá a aquelas empresas que contén con maior número de traballadores, determinadas de acordo cos tramos que se establecerán regulamentariamente, e un traballador por conta propia adherido, todos eles designados pola Xunta Xeral. Tamén formará parte o representante dos traballadores mencionado. O nomeamento como membro da Xunta Directiva estará supeditado á confirmación do Ministerio de Emprego e Seguridade Social, a excepción do representante dos traballadores, e entre os seus membros designarase o Presidente desta. É competencia da Xunta Directiva a convocatoria da Xunta Xeral, a execución dos acordos adoptados por esta, a formulación dos anteproxectos de orzamentos e das contas anuais, que deberán ser asinados polo presidente da entidade, así como a exixencia de responsabilidade ao director xerente e demais funcións que se establezan non reservadas á Xunta Xeral. Regulamentariamente regularase o réxime de funcionamento da Xunta Directiva e de exixencia de responsabilidade.

Corresponde ao presidente da Xunta Directiva a representación da Mutua Colaboradora coa Seguridade Social, a convocatoria das reunións a esta e moderar as súas deliberacións. O Director Xerente manterá informado o presidente da xestión da mutua e seguirá as indicacións que este, se é o caso, lle imparta. O réxime de indemnizacións que se estableza regulará as que correspondan ao presidente da mutua polas funcións específicas atribuídas e que, en ningún caso, poderán superar no seu conxunto as retribucións do director xerente.

Non poderá recaer simultaneamente na mesma persoa máis dun cargo da Xunta Directiva, xa sexa por si mesma ou en representación doutras empresas asociadas, nin poderán formar parte da Xunta as persoas ou empresas que manteñan relación laboral ou de servizos coa mutua, a excepción do representante dos traballadores.

O director xerente é o órgano que exerce a dirección executiva da mutua e a quen corresponde desenvolver os seus obxectivos xerais e a dirección ordinaria da entidade, sen prexuízo de estar suxeito aos criterios e instrucións que, se é o caso, lle impartan a Xunta Directiva e o presidente desta. Este estará vinculado mediante contrato de alta dirección regulado polo Real decreto 1382/1985, do 1 de agosto, polo que se regula a relación laboral de carácter especial do persoal de alta dirección. Será nomeado pola Xunta

Directiva, estando supeditada a eficacia do nomeamento e a do contrato de traballo á confirmación do Ministerio de Emprego e Seguridade Social. Non poderán ocupar este cargo as persoas que pertencen ao Consello de Administración ou desempeñen actividade remunerada en calquera empresa asociada á mutua, sexan titulares dunha participación igual ou superior ao 10 por cento do capital social daquelas ou ben a titularidade corresponda ao cónxuxe ou fillos daquel. Tampouco poderán ser designadas as persoas que fosen suspendidas das súas funcións en virtude de expediente sancionador ata que se extinga a suspensión.

O resto do persoal que exerza funcións executivas dependerá do director xerente, estará vinculado por contratos de alta dirección e tamén estará suxeito ao réxime de incompatibilidades e limitacións previstas para o director xerente.

Para efectos retributivos, así como para a determinación do número máximo de persoas que exerzan funcións executivas nas mutuas, a ministra de Emprego e Seguridade Social clasificará as mutuas por grupos en función do seu volume de cotas, número de traballadores protexidos e eficiencia na xestión.

As retribucións do director xerente e do persoal que exerza funcións executivas nas mutuas clasificaranse en básicas e complementarias e estarán suxeitas aos límites máximos fixados para cada grupo polo Real decreto 451/2012, do 5 de marzo, (polo que se regula o réxime retributivo dos máximos responsables e directivos no sector público empresarial e outras entidades. Así mesmo, estarán tamén suxeitos aos límites previstos no citado Real decreto 451/2012, do 5 de marzo, o número máximo de persoas que exerzan funcións executivas en cada mutua.

As retribucións básicas do director xerente e do persoal que exerza funcións executivas inclúen a súa retribución mínima obrigatoria e serán fixadas pola Xunta Directiva conforme o grupo de clasificación en que resulte catalogada a mutua. As retribucións complementarias do director xerente e do persoal que exerza funcións executivas comprenden un complemento do posto e un complemento variable que serán fixados pola Xunta Directiva da mutua. O complemento do posto asignarase tendo en conta a situación retributiva do directivo en comparación con postos similares do mercado de referencia, a estrutura organizativa dependente do posto, o peso relativo do posto dentro da organización e o nivel de responsabilidade. O complemento variable, que terá carácter

potestativo, retribuirá a consecución duns obxectivos previamente establecidos pola Xunta Directiva da mutua de conformidade cos criterios que poida fixar o Ministerio de Emprego e Seguridade Social. Estes obxectivos terán carácter anual e deberán estar fundamentados nos resultados do exercicio xerados pola mutua na xestión das diferentes actividades da Seguridade Social nas que colabora. En ningún caso, a retribución total pode exceder o dobre da retribución básica e ningún posto poderá ter unha retribución total superior á que tiña con anterioridade á entrada en vigor da presente lei pola que se modifica o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social en relación co réxime xurídico das mutuas de accidentes de traballo e enfermidades profesionais da Seguridade Social.

O persoal non directivo estará suxeito a relación laboral ordinaria, regulada no texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto legislativo 1/1995, do 24 de marzo. Ningún membro do persoal da mutua poderá obter unas retribucións totais superiores ás do director xerente. En todo caso, as retribucións do conxunto do persoal estarán suxeitas ás disposicións sobre a masa salarial e ás limitacións ou restricións que establezan, se é o caso, as leis de orzamentos xerais do Estado de cada ano.

Con cargo aos recursos públicos, as mutuas colaboradoras coa Seguridade Social non poderán satisfacer indemnizacións por extinción da relación laboral co seu persoal, calquera que sexa a forma da dita relación e a causa da súa extinción, que superen as establecidas nas disposicións legais e regulamentarias reguladoras da dita relación. Así mesmo, as mutuas non poderán establecer plans de pensións para o seu persoal, nin seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensións, nin plans de previsión social empresarial sen a aprobación do Ministerio de Emprego e Seguridade Social. Os plans de pensións, os contratos de seguros e os plans de previsión social empresarial, e as achegas e primas periódicas que se realicen estarán suxeitos aos límites e criterios que as leis de orzamentos xerais do Estado establezan nesta materia para o sector público.

A Comisión de Control e Seguimento é o órgano de participación dos axentes sociais, ao que corresponde coñecer e informar da xestión que realiza a entidade nas distintas modalidades de colaboración, propoñer medidas para mellorar o desenvolvemento destas no marco dos principios e obxectivos da Seguridade Social, informar o anteproxecto de orzamentos e as contas anuais e coñecer os criterios que mantén e aplica a mutua no

desenvolvemento do seu obxecto social. Para desenvolver ese labor, a Comisión dispoñerá periodicamente dos informes sobre litixiosidade, reclamacións e recursos, así como dos requirimentos dos órganos de supervisión e dirección e tutela, xunto co seu cumprimento. Anualmente elaborará unha serie de recomendacións que serán enviadas tanto á Xunta Directiva como ao órgano de dirección e tutela. O Ministerio de Emprego e Seguridade Social regulará a composición e réxime de funcionamento das comisións de Control e Seguimento, logo de informe do Consello Xeral do Instituto Nacional da Seguridade Social. Estará composta por un máximo de doce membros designados polas organizacións sindicais e empresariais máis representativas, así como por unha representación das asociacións profesionais dos traballadores autónomos. Será presidente da Comisión o que en cada momento o sexa da propia mutua. Non poderá formar parte da Comisión de Control e Seguimento ningún membro da Xunta Directiva, a excepción do presidente, ou persoa que traballe para a entidade.

A Comisión de Prestacións Especiais será competente para a concesión dos beneficios derivados da reserva de asistencia social que teña establecidos a mutua colaboradora coa Seguridade Social a favor dos traballadores protexidos ou adheridos e os seus dereito habentes que sufrisen un accidente de traballo ou unha enfermidade profesional e se encontren en especial estado ou situación de necesidade. Os beneficios serán potestativos e independentes dos comprendidos na acción protectora da Seguridade Social. A Comisión estará integrada polo número de membros que se estableza regulamentariamente, os cales estarán distribuídos, por partes iguais, entre os representantes dos traballadores das empresas asociadas e os representantes de empresarios asociados, sendo estes últimos designados pola Xunta Directiva; así mesmo, terán representación os traballadores adheridos. O presidente será designado pola Comisión entre os seus membros.

Non poderán formar parte da Xunta Directiva, da Comisión de Control e Seguimento nin da Comisión de Prestacións Especiais dunha mutua colaboradora coa Seguridade Social as persoas que formen parte de calquera destes órganos noutra mutua, por si mesmas ou en representación de empresas asociadas ou de organizacións sociais, así como aquelas que exerzan funcións executivas noutra entidade.

Os cargos anteriores ou os seus representantes nestes, así como as persoas que exerzan funcións executivas nas mutuas non poderán comprar nin vender para si mesmos calquera

activo patrimonial da entidade nin celebrar contratos de execución de obras, de realización de servizos ou de entrega de abastecementos, excepto as empresas de servizos financeiros ou de abastecementos esenciais, que requirirán para contratar autorización previa do Ministerio de Emprego e Seguridade Social, nin celebrar contratos nos cales concorran conflitos de intereses. Tampouco poderán realizar eses actos aqueles que estean vinculados a aqueles cargos ou persoas mediante relación de parentesco, en liña directa ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, ata o cuarto grao, nin as persoas xurídicas nas cales calquera das mencionadas persoas, cargos ou parentes sexan titulares, directa ou indirectamente, dunha porcentaxe igual ou superior ao 10 por cento do capital social, exerzan as mesmas funcións que impliquen poder de decisión ou formen parte dos seus órganos de administración ou goberno.

A condición de membro da Xunta Directiva, da Comisión de Control e Seguimento e das comisións de prestacións especiais será gratuíta, sen prexuízo de que a Mutua na que se integren os indemnice e compense polos gastos de asistencia ás reunións dos respectivos órganos, nos termos que se establezan regulamentariamente.

Os membros da Xunta Directiva, o director xerente e as persoas que exerzan funcións executivas serán responsables directos fronte á Seguridade Social, a mutua e os empresarios asociados dos danos que causen polos seus actos ou omisións contrarios ás normas xurídicas de aplicación, aos estatutos ou ás instrucións ditadas polo órgano de tutela, así como polos realizados incumprindo os deberes inherentes ao desempeño do cargo, sempre e cando interviñese dolo ou culpa grave. Entenderanse como acto propio as accións e omisións comprendidas nos respectivos ámbitos funcionais ou de competencias.

A responsabilidade dos membros da Xunta Directiva será solidaria. Non obstante, estarán exentos aqueles membros que proben que, non tendo intervido na adopción ou execución do acto, descoñecían a súa existencia ou, coñecéndoa, fixeron todo o conveniente para evitar o dano ou, ao menos, opuxéronse expresamente a el.

As mutuas colaboradoras coa Seguridade Social, mediante a responsabilidade mancomunada regulada no artigo 75 ter.4, responderán directamente dos actos lesivos en cuxa execución concorra culpa leve ou nos cales non exista responsable directo. Así mesmo, responderán subsidiariamente nos supostos de insuficiencia patrimonial dos responsables directos.

Os dereitos de crédito que nazan das responsabilidades establecidas neste artigo, así como da responsabilidade mancomunada que asumen os empresarios asociados, prevista no artigo 75 ter. 4, son recursos públicos da Seguridade Social adscritos ás mutuas nas cales concorreron os feitos orixe da responsabilidade.

Corresponde ao órgano de dirección e tutela a declaración das responsabilidades establecidas no parágrafo anterior, das obrigas obxecto destas, así como determinar o seu importe líquido, reclamar o seu pagamento de acordo coas normas que regulan a colaboración das entidades e determinar os medios de pagamento, que poderán incluír a dación de bens, as modalidades, formas, termos e condicións aplicables ata a súa extinción. Cando o Tribunal de Contas inicie procedemento de reintegro por alcance polos mesmos feitos, o órgano de dirección e tutela acordará a suspensión do procedemento administrativo ata que aquel adopte resolución firme, cuxas disposicións de natureza material producirán plenos efectos no procedemento administrativo.

O órgano de dirección e tutela poderá solicitar á Tesouraría Xeral da Seguridade Social a recadación executiva dos dereitos de crédito derivados destas responsabilidades, para cuxo efecto trasladará a esta o acto de liquidación daqueles e a determinación dos suxeitos obrigados. As cantidades que se obteñan ingresaranse nas contas que deron lugar á exixencia da responsabilidade nos termos que estableza o órgano de dirección e tutela.

O Ministerio de Emprego e Seguridade Social, en aplicación das súas facultades de dirección e tutela, poderá reclamar o pagamento ou exercer as accións legais que sexan necesarias para a declaración ou exixencia das responsabilidades xeradas con motivo do desenvolvemento da colaboración, así como comparecer e ser parte nos procesos legais que afecten as responsabilidades establecidas.

Pola súa parte, os empresarios e os traballadores por conta propia, no momento de cumprir ante a Tesouraría Xeral da Seguridade Social as súas respectivas obrigas de inscrición de empresa, afiliación e alta, farán constar a entidade xestora ou a mutua colaboradora coa Seguridade Social pola que optasen para protexer os accidentes de traballo e as enfermidades profesionais, a prestación económica por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns e a protección por cesamento de actividade, de acordo coas normas reguladoras do Réxime da Seguridade Social no cal se encadren, e

comunicarán a aquela as súas posteriores modificacións. Corresponderá á Tesouraría Xeral da Seguridade Social o recoñecemento de tales declaracións e dos seus efectos legais, nos termos establecidos regulamentariamente e sen prexuízo das particularidades que se dispoñen nos puntos seguintes en caso de optarse a favor dunha mutua colaboradora coa Seguridade Social.

A opción a favor dunha mutua colaboradora coa Seguridade Social realizarase na forma e terá o alcance que se establecen seguidamente:

a) Os empresarios que opten por unha mutua para a protección dos accidentes de traballo e as enfermidades profesionais da Seguridade Social deberán formalizar con esta o convenio de asociación e protexer na mesma entidade todos os traballadores correspondentes aos centros de traballo situados na mesma provincia, entendéndose por estes a definición contida no Estatuto dos traballadores. Igualmente, os empresarios asociados poderán optar porque a mesma mutua xestione a prestación económica por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns respecto dos traballadores protexidos fronte ás continxencias profesionais. O convenio de asociación é o instrumento polo que se formaliza a asociación á mutua e terá un período de vixencia dun ano, que poderá prorrogarse por períodos de igual duración. Regulamentariamente regularase o procedemento para formalizar o convenio, o seu contido e efectos.

b) Os traballadores comprendidos no ámbito de aplicación do Réxime especial de traballadores por conta propia ou autónomos, cuxa acción protectora inclúa voluntaria ou obrigatoriamente a prestación económica por incapacidade temporal, poderán optar por adherirse a unha mutua colaboradora coa Seguridade Social para a xestión desta. Non obstante, os traballadores que se incorporasen ao Réxime especial a partir do día 1 de xaneiro de 1998, deberán formalizar esta cunha mutua colaboradora coa Seguridade Social, así como aqueles adheridos a unha mutua desde a indicada data que cambien de entidade. Os traballadores autónomos adheridos a unha mutua de conformidade co establecido no parágrafo anterior e que, así mesmo, cubran as continxencias profesionais, voluntaria ou obrigatoriamente, deberán formalizar a súa protección coa mesma mutua. Igualmente deberán adherirse aqueles que cubran exclusivamente as continxencias profesionais. Os traballadores por conta propia incluídos no Réxime especial dos traballadores do mar poderán optar por protexer as continxencias profesionais coa

entidade xestora ou cunha mutua colaboradora coa Seguridade Social. En todo caso, a protección das continxencias comúns deberán formalizala coa entidade xestora da Seguridade Social. A protección formalizarase mediante documento de adhesión, polo cal o traballador por conta propia se incorpora ao ámbito xestor da mutua de forma externa á base asociativa desta e sen adquirir os dereitos e obrigas derivados da asociación. O período de vixencia da adhesión será dun ano, podendo prorrogarse por períodos de igual duración. O procedemento para formalizar o documento de adhesión, o seu contido e efectos, regularase regulamentariamente.

c) Os traballadores comprendidos no Réxime especial de traballadores por conta propia ou autónomos deberán formalizar a xestión por cesamento de actividade, regulada na Lei 32/2010, do 5 de agosto, coa mutua a que se encontren adheridos mediante a subscrición do anexo correspondente ao documento de adhesión, nos termos que establezan as normas regulamentarias que regulan a colaboración. Pola súa parte, os traballadores autónomos comprendidos no Réxime especial dos traballadores do mar formalizarán a protección coa entidade xestora ou coa mutua con quen protexan as continxencias profesionais.

As mutuas colaboradoras coa Seguridade Social deberán aceptar toda proposición de asociación e de adhesión que se lles formule, sen que a falta de pagamento das cotizacións sociais as escuse do cumprimento da obriga nin constitúa causa de resolución do convenio ou documento subscrito, ou os seus anexos. A información e datos sobre os empresarios asociados, os traballadores por conta propia adheridos e os traballadores protexidos que consten en poder das mutuas colaboradoras coa Seguridade Social e, en xeral, os xerados no desenvolvemento da súa actividade colaboradora na xestión da Seguridade Social, teñen carácter reservado e están sometidos ao réxime establecido no artigo 66, sen que, en consecuencia, poidan ser cedidos ou comunicados a terceiros, salvo nos supostos establecidos no dito artigo.

Ao anterior debe engadirse que corresponde ao Ministerio de Emprego e Seguridade Social as facultades de dirección e tutela sobre as mutuas colaboradoras coa Seguridade Social, as cales se exercerán a través do órgano administrativo ao cal se atribúan as funcións.

As mutuas colaboradoras coa Seguridade Social serán obxecto anualmente dunha auditoría de contas, que será realizada pola Intervención Xeral da Seguridade Social. Así

mesmo, anualmente realizará unha auditoría de cumprimento.

As mutuas colaboradoras coa Seguridade Social elaborarán anualmente os seus anteproxectos de orzamentos de ingresos e gastos da xestión da Seguridade Social e remitiranos ao Ministerio de Emprego e Seguridade Social para a súa integración no Proxecto de orzamentos da Seguridade Social. Igualmente, estarán suxeitas ao réxime contable establecido no título V da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria.

Ademais, estas deben axustar a súa actividade contractual ás normas de aplicación aos poderes adxudicadores que non revisten o carácter de Administración pública, contidas no texto refundido da Lei de contratos do sector público.

Colaboración das empresas

As empresas, individualmente consideradas e en relación co seu propio persoal, poderán colaborar na xestión da Seguridade Social exclusivamente nalgunha ou algunhas das formas seguintes:

a) Asumindo directamente o pagamento, ao seu cargo, das prestacións por incapacidade laboral transitoria derivada de accidente de traballo e enfermidade profesional e as prestacións de asistencia sanitaria e recuperación profesional, incluído o subsidio conseguinte que corresponda durante a indicada situación.

b) suprimido.

c) Pagando aos seus traballadores, a cargo da entidade xestora obrigada, as prestacións económicas por incapacidade laboral transitoria, así como as demais que se poidan determinar regulamentariamente.

d) Asumindo directamente o pagamento, ao seu cargo, das prestacións económicas por incapacidade laboral transitoria derivada de enfermidade común ou accidente non laboral, nas condicións que estableza o Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

As empresas que se acollan a esta forma de colaboración terán dereito a reducir a cota á Seguridade Social, mediante a aplicación do coeficiente que, para tal efecto, fixe o Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

O Ministerio de Traballo e Seguridade Social poderá establecer, con carácter obrigatorio, para todas as empresas ou para algunhas de determinadas características, a colaboración

no pagamento de prestacións.

O Ministerio de Traballo e Seguridade Social determinará as condicións polas que se debe rexer a colaboración prevista nos números anteriores do presente artigo.

A modalidade de colaboración das empresas na xestión da Seguridade Social a que se refire o punto 1 deste artigo poderá ser autorizada a agrupacións de empresas, constituídas para este único efecto, sempre que reúnan as condicións que determine o Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCD.A. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LETRADA DA XUNTA

TEMA 7

A ACCIÓN PROTECTORA. AS CONTINXENCIAS PROTEXIDAS: CADRO XERAL. PRESTACIÓNS

TEMA 7. A ACCIÓN PROTECTORA. AS CONTINXENCIAS PROTEXIDAS: CADRO XERAL. PRESTACIÓNS

A acción protectora

Co termo acción protectora estase a facer referencia ao modo ou forma en que se organizan os específicos mecanismos de cobertura e se definen ou acoutan as necesidades sociais que van ser obxecto de protección. Isto é, trátase de determinar a amplitude obxectiva da cobertura, así como a intensidade da protección (nivel que acadan esas prestacións). Das continxencias protexidas tratarase na próxima epígrafe.

Esta materia, o seu tratamento xeral, atópase recollida nos artigos 38 e seguintes do TRLXSS.

O modelo español de seguridade social integra as seguintes técnicas de cobertura:

1. Nivel asistencial ou non contributivo: dispensa un tipo de prestacións económicas ao que tería dereito todo cidadán que careza de certo nivel de renda persoal, sen condicionar a súa obtención a requisito ningún de cotización previa, pero si á proba da situación de necesidade do peticionario.

2. Nivel contributivo: alude a prestacións económicas que actúan como substitutivas da renda do traballo anteriormente percibida polo seu beneficiario e que ademais se atopan condicionadas a determinados requisitos de cotización previa e vinculadas, na súa contía e duración, á contía e duración das cotizacións previas.

3. Nivel complementario, libre ou externo: é alleo ao sistema de seguridade social e a súa xestión correspóndelle á empresa privada, comprende os mecanismos de seguro privado que se poidan constituír. O artigo 39 refírese ao nivel complementario ou libre cando afirma: *"A modalidade contributiva da acción protectora que o sistema da Seguridade Social outorga ás persoas comprendidas no apartado 1 do artigo 7 desta lei poderá ser mellorada voluntariamente na forma e condicións que se establezan nas normas reguladoras do réxime xeral e dos réximes especiais. Sen outra excepción que o establecemento de melloras voluntarias, conforme o previsto no número anterior, a Seguridade Social non poderá ser obxecto de contratación colectiva".*

O artigo 38 contén o cadro xeral da acción protectora do sistema de SS, nos seus niveis

contributivo e asistencial. Partindo da enumeración das prestacións outorgadas, o apartado 1º dispón:

"A acción protectora do sistema da Seguridade Social comprenderá:

a) A asistencia sanitaria nos casos de maternidade, de enfermidade común ou profesional e de accidentes, sexan ou non de traballo.

b) A recuperación profesional, cuxa procedencia se aprecie en calquera dos casos que se mencionan no apartado anterior.

c) Prestacións económicas nas situacións de incapacidade temporal; maternidade; paternidade; risco durante o embarazo; risco durante a lactación natural; coidado de menores afectados por cancro ou outra enfermidade grave; invalidez, nas súas modalidades contributiva e non contributiva; xubilación, nas súas modalidades contributiva e non contributiva; desemprego, nos seus niveis contributivo e asistencial; morte e supervivencia; así como as que se outorguen nas continxencias e situacións especiais que regulamentariamente se determinen por real decreto, por proposta do ministro de Traballo e Inmigración.

As prestacións por desemprego, nos seus niveis contributivo e asistencial, outorgaranse de acordo coa regulación que destas contén o título III desta lei.

d) Prestacións familiares da Seguridade Social, nas súas modalidades contributiva e non contributiva.

As prestacións familiares, na súa modalidade non contributiva, outorgaranse de acordo coa regulación que destas contén o título II desta lei.

e) As prestacións de servizos sociais que poidan establecerse en materia de reeducación e rehabilitación de inválidos e de asistencia á terceira idade, así como naquelas outras materias en que se considere conveniente".

E o apartado 2º engade: *"Igualmente, e como complemento das prestacións comprendidas no apartado anterior, poderán outorgarse os beneficios da asistencia social".*

A acción protectora exposta establece e limita o ámbito de extensión posible do réxime xeral e dos réximes especiais da Seguridade Social, así como da modalidade non

contributiva das prestacións, sen prexuízo das axudas doutra natureza que, no exercicio das súas competencias, poidan establecer as comunidades autónomas en beneficio dos pensionistas residentes nelas.

As prestacións da Seguridade Social, así como os beneficios dos seus servizos sociais e da asistencia social, non poderán ser obxecto de retención, sen prexuízo do previsto no apartado 2 do artigo 40 (as percepcións derivadas da acción protectora da Seguridade Social estarán suxeitas a tributación nos termos establecidos nas normas reguladoras de cada imposto), cesión total ou parcial, compensación ou desconto, salvo que así se acorde para o cumprimento das obrigas alimentarias a favor do cónxuxe e fillos ou cando se trate de obrigas contraídas polo beneficiario dentro da Seguridade Social.

E non poderá ser exixida ningunha taxa fiscal, nin dereito de ningunha clase, en cantas informacións ou certificacións deban facilitar os correspondentes organismos da Administración da Seguridade Social, e os organismos administrativos, xudiciais ou de calquera outra clase, en relación coas prestacións e beneficios referidos.

As entidades xestoras da Seguridade Social serán responsables das prestacións cuxa xestión lles estea atribuída, sempre que se cumprisen os requisitos xerais e particulares exixidos para causar dereito a estas.

Para a imputación de responsabilidades de cara ás prestacións, na súa modalidade contributiva, a entidades ou persoas distintas das citadas, aterase ao disposto no TRLXSS, nas súas disposicións de desenvolvemento e aplicación ou nas normas reguladoras dos réximes especiais.

As pensións contributivas derivadas de continxencias comúns de calquera dos réximes que integran o sistema da Seguridade Social serán satisfeitas en 14 pagas, correspondentes a cada un dos meses do ano e dúas pagas extraordinarias que se percibirán nos meses de xuño e novembro. Así mesmo, o pagamento das pensións de invalidez e xubilación, nas súas modalidades non contributivas, fraccionarase en 14 pagas, correspondentes a cada un dos meses do ano e dúas pagas extraordinarias que se percibirán nos meses de xuño e novembro.

O lexislador regula unha serie de **características** das prestacións:

- Intanxibilidade e integridade das prestacións: as prestacións configúranse como medios de subsistencia en situacións de necesidade, en moitas ocasións actúan como substitutivas das rendas do traballo, de aí que se garanta a súa percepción íntegra e traten de excluírse actos de diminución ou exclusión, de aquí que se prohiba a renuncia ou cesión total ou parcial das prestacións e, en xeral, de calquera dereito da seguridade social, e que se estableza a inembargabilidade e non compensación do dereito a percibir prestacións (por iso se prohibe a retención, cesión total ou parcial, compensación ou desconto das prestacións, agás que sexa para satisfacer alimentos ou cumprir con obrigas adquiridas polo beneficiario dentro do sistema de seguridade social); ademais están exentas de tributos (agás as prestacións económicas que tributan por IRPF) e os beneficiarios teñen un crédito privilexiado fronte a outros acredores en caso de insolvencia obrigada ao pagamento desas prestacións.
- Prescripción: o dereito ao recoñecemento das prestacións prescribirá aos 5 anos, contados desde o día seguinte a aquel en que teña lugar o feito causante da prestación de que se trate, sen prexuízo das excepcións que se determinen nesta lei e de que os efectos de tal recoñecemento se produzan a partir dos tres meses anteriores á data en que se presente a correspondente solicitude.

A prescripción interromperase polas causas ordinarias do artigo 1973 do Código civil e, ademais, pola reclamación ante a Administración da Seguridade Social ou o Ministerio de Traballo e Seguridade Social, así como en virtude de expediente que tramite a Inspección de Traballo e Seguridade Social en relación co caso de que se trate.

- **Caducidade**: o dereito a percibir as prestacións a cantidade fixada e por unha soa vez caducará ao ano, contado desde o día seguinte ao de terlle sido notificada en forma ao interesado a súa concesión, e, se se tratase de prestacións periódicas, o dereito a percibir cada mensualidade caducará ao ano do seu respectivo vencemento.
- **Reintegro de prestacións indebidas**: os traballadores e as demais persoas que percibisen indebidamente prestacións da Seguridade Social estarán obrigados a reintegrar o seu importe. A obriga de reintegro do importe das prestacións

indebidamente percibidas prescribirá aos 4 anos, contados a partir da data do seu cobramento, ou desde que foi posible exercer a acción para exixir a súa devolución, con independencia da causa que orixinou a percepción indebida, incluídos os supostos de revisión das prestacións por erro imputable á entidade xestora.

O TRLXSS regula a continuación unha serie de disposicións comúns en materia de revalorización e importes máximos e mínimos de pensións. Para tal efecto, baste indicar brevemente que as pensións aboadas polo réxime xeral e os réximes especiais, así como as de modalidade non contributiva da Seguridade Social, terán, para os efectos do previsto nesta sección, a consideración de pensións públicas, a teor do establecido no **artigo 37** da **Lei 4/1990, do 29 de xuño**, de orzamentos xerais do Estado para 1990.

O importe inicial das pensións contributivas da Seguridade Social por cada beneficiario non poderá superar a contía íntegra mensual que estableza anualmente a correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado.

As pensións da Seguridade Social na súa modalidade contributiva, incluídos o importe da pensión mínima, serán revalorizadas ao comezo de cada ano, en función do correspondente índice de prezos ao consumo previsto para ese ano; esta previsión atópase suspendida de vixencia e aplicación agás para as pensións mínimas do sistema da Seguridade Social, as pensións do extinguido SOVI non concorrentes e as pensións non contributivas polo artigo 4.1 do Real decreto lei 8/2010, do 20 de maio.

Pola súa parte, o importe da revalorización anual das pensións da Seguridade Social non poderá determinar para estas, unha vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior á contía establecida na correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado, sumado, de ser o caso, ao importe anual íntegro xa revalorizado das outras pensións públicas percibidas polo seu titular.

1. As continxencias protexidas: cadro xeral

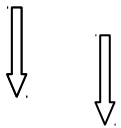
As continxencias protexidas son unha serie de eventos ou circunstancias cuxa actualización xera a aparición dun estado de necesidade no suxeito protexido.

En síntese, pódese afirmar que o ámbito máximo de protección do sistema español de Seguridade Social comprende a protección das seguintes continxencias:

- Alteración da saúde
- Incapacidade laboral (temporal ou permanente)
- Morte
- Vellez
- Desemprego
- Fillos menores ou minusválidos con carga económica que pese sobre os proxenitores

Partindo deste cadro pode formularse a seguinte clasificación

CONTINXENCIAS



Profesionais

Accidente laboral

Enfermidade profesional

Comúns

Accidente non laboral

Enfermidade común

Maternidade

Risco durante o embarazo

Cesamento laboral por xubilación

Cesamento laboral por incapacidade

Cesamento laboral involuntario

Cargas familiares

Por actos de terrorismo

Debe abordarse tamén o estudo dos requisitos xerais para obter as prestacións. Isto permite distinguir *ab initio* entre condicións xerais e condicións especiais:

Os que se atopen no ámbito de aplicación do réxime xeral da Seguridade Social causarán dereito á prestación cando, ademais de reuniren os requisitos específicos de cada

prestación, cumpran uns requisitos xenéricos:

- estar afiliados e
- estar de alta ou en situación asimilada no momento en que se produce a continxencia protexida. Neste caso hai **excepcións**, xa que hai situacións asimiladas á de alta real que se caracterizan por presentaren unha enorme casuística. Así, poden citarse casos de suspensión do contrato de traballo (nunha excedencia para atender o coidado de fillos menores de 3 anos ou unha excedencia por desempeño dun cargo público que imposibilite a asistencia ao traballo), casos de extinción do contrato de traballo (por desemprego subsidiado, por subscrición dun convenio especial coa entidade xestora, etc.), casos de actividade laboral non susceptibles de alta (como acontece co traslado ao estranxeiro dun traballador en determinadas circunstancias) e casos de cesamento en cargo público representativo ou de funcións sindicais que xerou pasar a unha situación de excedencia forzosa ou equivalente no mes seguinte á reincorporación ao posto de traballo. Tamén está a alta de pleno dereito ou presunta (cando é a empresa a que incumpre a súa obriga e non formalizou a obriga e/ou a alta) e, finalmente, está a protección sen alta actual (xa que causa pensión de xubilación ou invalidez para o caso daqueles extraballadores que non se atopaban ao causar o dereito en alta ou situación asimilada pero que si cumprisen os restantes requisitos exixidos pola lei).

Tendo en conta que, aínda que non se exixen períodos de cotización para gozar do dereito a unha prestación derivada de accidente (laboral ou non laboral) ou de enfermidade profesional, si se exixen períodos previos de cotización noutros casos. Nestes supostos compútanse as cotas correspondentes a maternidade, risco durante o embarazo ou incapacidade temporal (en diante IT).

A lei regula supostos en que se produce unha atenuación do requisito de cotización, así que, se en xeral se exixe estar ao día na cotización correspondente (cando é o traballador o responsable da súa cotización) e ter cubertos unha serie de períodos de cotización (un mínimo de carácter xeral de 15 anos para optar á xubilación e outro período de carencia específica -relativo á proximidade ao feito causante- por exemplo de 15 anos inmediatamente anteriores á xubilación), en concreto destacan dous supostos de

atenuación: porque non se exige cotización para causar dereito a prestación derivada de accidente ou de enfermidade profesional (como se anticipou) e por aplicación do principio do cómputo recíproco de cotizacións que permite acumular cotizacións causadas nun réxime da Seguridade Social ás causadas noutro, sempre que tales cotizacións non se superpoñan nos mesmos días.

2. Prestacións

INCAPACIDADE TEMPORAL (IT)

- Concepto: terán a consideración de situacións determinantes de incapacidade temporal:

a) As debidas a enfermidade común ou profesional e accidente, sexa ou non de traballo, mentres o traballador reciba asistencia sanitaria da Seguridade Social e estea impedido para o traballo, cunha duración máxima de trescentos sesenta e cinco días, prorrogables por outros cento oitenta días cando se presuma que durante eles pode ser o traballador dado de alta médica por curación.

Esgotado o prazo de duración de trescentos sesenta e cinco días, o Instituto Nacional da Seguridade Social, a través dos órganos competentes para avaliar, cualificar e revisar a incapacidade permanente do traballador, será o único competente para recoñecer a situación de prórroga expresa cun límite de cento oitenta días máis, ou ben para determinar a iniciación dun expediente de incapacidade permanente, ou ben para emitir a alta médica, por curación ou por incomparecencia inxustificada aos recoñecementos médicos convocados polo Instituto Nacional da Seguridade Social. De igual modo, o Instituto Nacional da Seguridade Social será o único competente para emitir unha nova baixa médica na situación de incapacidade temporal cando aquela se produza nun prazo de cento oitenta días posteriores á antes citada alta médica pola mesma ou similar patoloxía, cos efectos previstos nos parágrafos seguintes.

b) Os períodos de observación por enfermidade profesional nos que se prescriba a baixa no traballo durante estes, cunha duración máxima de seis meses, prorrogables por outros seis cando se considere necesario para o estudo e diagnóstico da enfermidade.

- **Prestación económica:** a prestación económica nas diversas situacións

constitutivas de incapacidade laboral transitoria consistirá nun subsidio equivalente a un tanto por cento sobre a base reguladora, que se fixará e se fará efectivo nos termos establecidos nesta lei e nos regulamentos xerais para o seu desenvolvemento.

- **Beneficiarios:** serán beneficiarios do subsidio por incapacidade temporal as persoas integradas neste réxime xeral que se atopen en calquera das situacións determinadas no **artigo 128 (xa citadas)**, sempre que reúnan, ademais da xeral exixida no **número 1 do artigo 124 (afiliadas e de alta)**, as seguintes condicións:

a) En caso de enfermidade común, que cumprisen un período de cotización de cento oitenta días dentro dos cinco anos inmediatamente anteriores ao feito causante.

b) En caso de accidente, sexa ou non de traballo, e de enfermidade profesional, non se exixirá ningún período previo de cotización.

- **Nacemento e duración do dereito ao subsidio:** o subsidio aboarase, en caso de accidente de traballo ou enfermidade profesional, desde o día seguinte ao da baixa no traballo, e estará a cargo do empresario o salario íntegro correspondente ao día da baixa.

En caso de enfermidade común ou de accidente non laboral, o subsidio aboarase, respectivamente, a partir do décimo día de baixa no traballo ocasionada pola enfermidade ou o accidente, e estará a cargo do empresario o aboamento da prestación ao traballador desde os días cuarto ao décimo de baixa, ambos os dous inclusive.

O subsidio aboarase mentres o beneficiario se atope en situación de incapacidade temporal, conforme o establecido no artigo 128 desta lei. Durante as situacións de folga e peche patronal, o traballador non terá dereito á prestación económica por incapacidade temporal.

- **Extinción do dereito ao subsidio:**

1. O dereito ao subsidio extinguirase polo transcurso do prazo máximo de cincocentos corenta e cinco días naturais desde a baixa médica; por alta médica por curación ou melloría que lle permita ao traballador realizar o seu traballo habitual;

por ser dado de alta o traballador con ou sen declaración de incapacidade permanente; polo recoñecemento da pensión de xubilación; pola incomparecencia inxustificada a calquera das convocatorias para os exames e recoñecementos establecidos polos médicos adscritos ao Instituto Nacional da Seguridade Social ou á Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social; ou por falecemento.

Para os efectos de determinar a duración do subsidio, computaranse os períodos de recaída nun mesmo proceso. Considerarase que existe recaída nun mesmo proceso cando se produza unha nova baixa médica por mesma ou similar patoloxía dentro de cento oitenta días naturais seguintes á data de efectos de alta médica anterior.

Cando, iniciado un expediente de incapacidade permanente antes de que transcorresen cincocentos corenta e cinco días naturais de duración do subsidio de incapacidade temporal, se denegase o dereito á prestación de incapacidade permanente, o Instituto Nacional da Seguridade Social será o único competente para emitir, dentro dos cento oitenta días naturais posteriores á resolución denegatoria, unha nova baixa médica por esta ou similar patoloxía, a través dos órganos competentes para avaliar, cualificar e revisar a situación de incapacidade permanente do traballador. Nestes casos continuarase o proceso de incapacidade temporal ata o cumprimento dos cincocentos corenta e cinco días.

2. Cando o dereito ao subsidio se extinga polo transcurso do período de cincocentos corenta e cinco días naturais fixado no apartado anterior, examínase necesariamente, no prazo máximo de tres meses, o estado do incapacitado para os efectos da súa cualificación, no grao de incapacidade permanente que corresponda.

Non obstante, naqueles casos nos que, continuando a necesidade de tratamento médico pola expectativa de recuperación ou a mellora do estado do traballador, de cara á súa reincorporación laboral, a situación clínica do interesado fíxese aconsellable demorar a citada cualificación, esta poderá atrasarse polo período preciso, sen que en ningún caso se poidan superar os setecentos trinta días naturais, sumados os de incapacidade temporal e os de prolongación dos seus efectos.

Durante os períodos previstos neste apartado, de tres meses e de demora da cualificación, non subsistirá a obriga de cotizar.

3. Extinguido o dereito á prestación de incapacidade temporal polo transcurso do prazo de cincocentos corenta e cinco días naturais de duración, con ou sen declaración de incapacidade permanente, só poderá xerarse dereito á prestación económica de incapacidade temporal por esta ou similar patoloxía, se media un período superior a cento oitenta días naturais, contados desde a resolución da incapacidade permanente.

Este novo dereito causarase sempre que o traballador reúna, na data da nova baixa médica, os requisitos exixidos para ser beneficiario do subsidio de incapacidade temporal derivado de enfermidade común ou profesional, ou de accidente, sexa ou non de traballo. Para estes efectos, para acreditar o período de cotización necesario para acceder ao subsidio de incapacidade temporal derivada de enfermidade común, computaranse exclusivamente as cotizacións efectuadas a partir da resolución da incapacidade permanente.

Non obstante, cando se trate da mesma ou similar patoloxía e non transcorresen cento oitenta días naturais desde a denegación da incapacidade permanente, poderá iniciarse un novo proceso de incapacidade temporal, por unha soa vez, cando o Instituto Nacional da Seguridade Social, a través dos órganos competentes para avaliar, cualificar e revisar a situación de incapacidade permanente do traballador, considere que o traballador pode recuperar a súa capacidade laboral. Para iso, o Instituto Nacional da Seguridade Social acordará a baixa para os exclusivos efectos da prestación económica por incapacidade temporal.

4. A alta médica con proposta de incapacidade permanente, expedida antes de que o proceso alcanzase os trescentos sesenta e cinco días de duración, extinguirá a situación de incapacidade temporal.

Se, ao esgotamento do prazo de trescentos sesenta e cinco días, o Instituto Nacional da Seguridade Social acordase a iniciación dun expediente de incapacidade permanente, a situación de incapacidade temporal extinguirase na data de cumprimento do indicado prazo. Cando, no exercicio das competencias

previstas no artigo 128.1.a), o Instituto Nacional da Seguridade Social acordase a prórroga expresa da situación de incapacidade temporal, e durante esta iniciase un expediente de incapacidade permanente, a situación de incapacidade temporal extinguirase na data da resolución pola que se acorde a esa iniciación.

5. Sen prexuízo do disposto nos números anteriores, cando a extinción se producise por alta médica con proposta de incapacidade permanente, por acordo do Instituto Nacional da Seguridade Social de iniciación de expediente de incapacidade permanente, ou polo transcurso dos cincocentos corenta e cinco días naturais, o traballador estará na situación de prolongación de efectos económicos da incapacidade temporal ata que se cualifique a incapacidade permanente.

Nos supostos a que se refire o parágrafo anterior, os efectos da prestación económica de incapacidade permanente coincidirán coa data da resolución da entidade xestora pola que se recoñeza, salvo que aquela sexa superior á que viña percibindo o traballador en concepto de prolongación dos efectos da incapacidade temporal, caso en que se retrotraerán aqueles efectos ao día seguinte ao de extinción da incapacidade temporal.

No suposto de extinción da incapacidade temporal, anterior ao esgotamento dos cincocentos corenta e cinco días naturais de duración desta, sen que exista ulterior declaración de incapacidade permanente, subsistirá a obriga de cotizar mentres non se extinga a relación laboral ou ata a extinción do citado prazo de cincocentos corenta e cinco días naturais, de producirse con posterioridade esa declaración de inexistencia de incapacidade permanente.

- Perda ou suspensión do dereito ao subsidio: o dereito ao subsidio por incapacidade temporal poderá ser denegado, anulado ou suspendido:

a) Cando o beneficiario actúe fraudulentamente para obter ou conservar a devandita prestación.

b) Cando o beneficiario traballe por conta propia ou allea.

Tamén poderá ser suspendido o dereito ao subsidio cando, sen causa razoable, o beneficiario rexeite ou abandone o tratamento que lle fose indicado.

- Períodos de observación e obrigas especiais en caso de enfermidade profesional:

Considerarase como período de observación o tempo necesario para o estudo médico da enfermidade profesional cando haxa necesidade de aprazar o diagnóstico definitivo e iso sen prexuízo das obrigas establecidas ou que poidan establecerse a partir deste momento, a cargo deste réxime xeral ou dos empresarios, cando por causa de enfermidade profesional se acorde respecto dun traballador o traslado de posto de traballo, a súa baixa na empresa ou outras medidas análogas.

MATERNIDADE

Situacións protexidas (suposto xeral):

Para os efectos da prestación por maternidade prevista nesta sección, considéranse situacións protexidas a maternidade, a adopción e o acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, de conformidade co Código civil ou coas leis civís das comunidades autónomas que o regulen, sempre que, neste último caso, a súa duración non sexa inferior a un ano, e aínda que os ditos acollementos sexan provisionais, durante os períodos de descanso que por tales situacións se gocen, de acordo co previsto no **artigo 48.4 do Texto refundido do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto legislativo 1/1995, do 24 de marzo, e no artigo 30.3 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública.**

Beneficiarios

Serán beneficiarios do subsidio por maternidade os traballadores por conta allea, calquera que sexa o seu sexo, que gocen dos descansos referidos anteriormente, sempre que, reunindo a condición xeral exixida no artigo 124.1 e as demais que regulamentariamente se establezan, acrediten os seguintes períodos mínimos de cotización:

- a) Se o traballador ten menos de 21 anos de idade na data do parto ou na data da decisión administrativa ou xudicial de acollemento ou da resolución xudicial pola que se constitúe a adopción, non se exixirá período mínimo de cotización.
- b) Se o traballador ten cumpridos entre 21 e 26 anos de idade na data do parto ou na data da decisión administrativa ou xudicial de acollemento ou da resolución xudicial pola que se constitúe a adopción, o período mínimo de cotización exixido será de 90 días

cotizados dentro dos sete anos inmediatamente anteriores ao momento de inicio do descanso. Considerarase cumprido o mencionado requisito se, alternativamente, o traballador acredita 180 días cotizados ao longo da súa vida laboral, con anterioridade a esta última data.

c) Se o traballador é maior de 26 anos de idade na data do parto ou na data da decisión administrativa ou xudicial de acollemento ou da resolución xudicial pola que se constitúe a adopción, o período mínimo de cotización exixido será de 180 días dentro dos sete anos inmediatamente anteriores ao momento de inicio do descanso. Considerarase cumprido o mencionado requisito se, alternativamente, o traballador acredita 360 días cotizados ao longo da súa vida laboral, con anterioridade a esta última data.

No suposto de parto, e con aplicación exclusiva á nai biolóxica, a idade sinalada no apartado anterior será a que teña cumprida a interesada no momento de inicio do descanso, tomándose como referente o momento do parto para os efectos de verificar a acreditación do período mínimo de cotización que, de ser o caso, corresponda.

Prestación económica

A prestación económica por maternidade consistirá nun subsidio equivalente ao 100 por 100 da base reguladora correspondente. Para tales efectos, a base reguladora será equivalente á que estea establecida para a prestación de incapacidade temporal, derivada de continxencias comúns.

Con todo, o subsidio poderá recoñecerse mediante resolución provisional polo Instituto Nacional da Seguridade Social coa última base de cotización que conste nas bases de datos corporativas do sistema, e se a base de cotización do mes inmediatamente anterior ao inicio do descanso fose diferente á utilizada na resolución provisional, recalcularase a prestación e emitírase resolución definitiva, pero se a base non variase, a resolución provisional devirá en definitiva nun prazo de tres meses desde a súa emisión.

Perda ou suspensión do dereito ao subsidio por maternidade

O dereito ao subsidio por maternidade poderá ser denegado, anulado ou suspendido cando o beneficiario actuase fraudulentamente para obter ou conservar esa prestación, así como cando traballase por conta propia ou allea durante os correspondentes períodos de

descanso.

Suposto especial

Beneficiarias

Serán beneficiarias do subsidio por maternidade previsto nesta sección as traballadoras por conta allea que, en caso de parto, reúnan todos os requisitos establecidos para acceder á prestación por maternidade regulada na sección anterior, salvo o período mínimo de cotización.

Prestación económica

A contía da prestación será igual ao 100 por 100 do indicador público de renda de efectos múltiples (IPREM) vixente en cada momento, salvo que a base reguladora calculada conforme o artigo 133 quáter ou á DA 7ª fose de contía inferior, caso en que se observará esta.

A duración da prestación, que terá a consideración de non contributiva para os efectos do artigo 86, será de 42 días naturais, contados desde o parto, e poderá denegarse, anularse ou suspenderse o dereito polas causas establecidas na lei.

A devandita duración incrementarase en 14 días naturais nos casos de nacemento de fillo nunha familia numerosa ou na que, con tal motivo, adquira esa condición, ou nunha familia monoparental, ou nos supostos de parto múltiple, ou cando a nai ou o fillo estean afectados de discapacidade nun grao igual ou superior ao 65 por 100. O incremento da duración é único, sen que proceda a súa acumulación cando concorran dúas ou máis circunstancias das sinaladas.

*Para os efectos da consideración da familia numerosa, observarase o disposto na Lei 40/2003, do 18 de novembro, de protección ás familias numerosas.

*Entenderase por familia monoparental a constituída por un só proxenitor co que convive o fillo nacido e que constitúe o sustentador único da familia.

*Así mesmo, entenderase que existe parto múltiple cando o número de nados sexa igual ou superior a dous.

PATERNIDADE

Situación protexida

Para os efectos da prestación por paternidade, consideraranse situacións protexidas o nacemento de fillo, a adopción e o acollemento, tanto preadoptivo como permanente ou simple, de conformidade co Código civil ou as leis civís das comunidades autónomas que o regulen, sempre que, neste último caso, a súa duración non sexa inferior a un ano, e aínda que eses acollementos sexan provisionais, durante o período de suspensión que, por tales situacións, se goce de acordo co previsto no artigo **48.bis do Texto refundido da Lei do estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/1995, do 24 de marzo**, ou durante o período de permiso que se goce, nos mesmos supostos, de acordo co disposto na **letra a) do artigo 30.1 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública**.

Beneficiarios

Serán beneficiarios do subsidio por paternidade os traballadores por conta allea que gocen da suspensión referida, sempre que, reunindo a condición xeral exixida no artigo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro dos sete anos inmediatamente anteriores á data de inicio desa suspensión, ou, alternativamente, 360 días ao longo da súa vida laboral con anterioridade á mencionada data, e reúnan as demais condicións que regulamentariamente se determinen.

Prestación económica

A prestación económica por paternidade consistirá nun subsidio que se determinará na forma establecida para a prestación por maternidade, e poderá ser denegada, anulada ou suspendida polas mesmas causas establecidas para esta última.

RISCO DURANTE O EMBARAZO

Situación protexida

Para os efectos da prestación económica por risco durante o embarazo, considérase situación protexida o período de suspensión do contrato de traballo nos supostos en que, debendo a muller traballadora cambiar de posto de traballo por outro compatible co seu estado, nos termos previstos no **artigo 26, apartado 3, da Lei 31/1995, do 8 de**

novembro, de prevención de riscos laborais, ese cambio de posto non resulte técnica ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificados.

A prestación correspondente á situación de risco durante o embarazo terá a natureza de prestación derivada de continxencias profesionais.

Prestación económica

A prestación económica por risco durante o embarazo concederáselle á muller traballadora nos termos e condicións previstos nesta lei para a prestación económica de incapacidade temporal derivada de continxencias profesionais, coas seguintes particularidades:

- A prestación económica nacerá o día en que se inicie a suspensión do contrato de traballo e finalizará o día anterior a aquel en que se inicie a suspensión do contrato de traballo por maternidade ou o de reincorporación da muller traballadora ao seu posto de traballo anterior ou outro compatible co seu estado.
- A prestación económica consistirá en subsidio equivalente ao 100 por 100 da base reguladora correspondente. Para tales efectos, a base reguladora será equivalente á que estea establecida para a prestación de incapacidade temporal, derivada de continxencias profesionais.

A xestión e o pagamento da prestación económica por risco durante o embarazo corresponderalle á entidade xestora ou á Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais da Seguridade Social en función da entidade coa que a empresa teña concertada a cobertura dos riscos profesionais.

RISCO DURANTE A LACTACIÓN NATURAL

Situación protexida

Para os efectos da prestación económica por risco durante a lactación natural, considérase situación protexida o período de suspensión do contrato de traballo nos supostos en que, debendo a muller traballadora cambiar de posto de traballo por outro compatible coa súa situación, nos termos previstos no artigo 26.4 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, o dito cambio de posto non resulte técnica ou obxectivamente posible, ou non poida razoablemente exixirse por motivos xustificados.

Prestación económica

A prestación económica por risco durante a lactación natural concederáselle á muller traballadora nos termos e condicións previstos nesta lei para a prestación económica por risco durante o embarazo, e extinguirase no momento en que o fillo cumpra nove meses, salvo que a beneficiaria se reincorporase con anterioridade ao seu posto de traballo anterior ou a outro compatible coa súa situación.

COIDADADO DE MENORES AFECTADOS POR CANCRO OU OUTRA ENFERMIDADE GRAVE

Situación protexida e prestación económica

Recoñeceráselles unha prestación económica a proxenitores, adoptantes ou acolletores de carácter preadoptivo ou permanente naqueles casos en que ambos os dous traballen, para o coidado do menor/es que estean ao seu cargo e se atopen afectados por cancro (tumores malignos, melanomas e carcinomas), ou por calquera outra enfermidade grave, que requira ingreso hospitalario de longa duración, durante o tempo de hospitalización e tratamento continuado da enfermidade, acreditado polo informe do Servizo Público de Saúde ou órgano administrativo sanitario da Comunidade Autónoma correspondente.

Reglamentariamente, determinaranse as enfermidades consideradas graves, para os efectos do recoñecemento desta prestación económica.

Para o acceso ao dereito a esta prestación exixiranse os mesmos requisitos e nos mesmos termos e condicións que os establecidos para a prestación de maternidade contributiva, sendo requisito indispensable que o beneficiario reduza a súa xornada de traballo, polo menos, nun 50 por 100 da súa duración, co fin de que se dedique ao coidado directo, continuo e permanente do menor.

A prestación económica consistirá nun subsidio equivalente ao 100 por 100 da base reguladora equivalente á establecida para a prestación de incapacidade temporal, derivada de continxencias profesionais, e en proporción á redución que experimente a xornada de traballo.

Esta prestación extinguirase cando, logo do informe do Servizo Público de Saúde ou órgano administrativo sanitario de Comunidade Autónoma correspondente, cese a

necesidade do coidado directo, continuo e permanente, do fillo ou do menor acollido por parte do beneficiario, ou cando o menor cumpra os 18 anos.

Cando concorran en ambos os dous proxenitores, adoptantes ou acolledores de carácter preadoptivo ou permanente as circunstancias necesarias para ter a condición de beneficiarios da prestación, o dereito a percibila só poderá ser recoñecido a favor dun deles.

A xestión e o pagamento da prestación económica corresponderalle á Mutua de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais ou, de ser o caso, á entidade xestora coa que a empresa teña concertada a cobertura dos riscos profesionais.

Estas previsións non serán aplicables aos funcionarios públicos, que se rexerán polo establecido no artigo 49.e) da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público e a normativa que o desenvolve.

INVALIDEZ

Na modalidade contributiva, é incapacidade permanente a situación do traballador que, despois de ter estado sometido ao tratamento prescrito e de ser dado de alta medicamente, presenta reducións anatómicas ou funcionais graves, susceptibles de determinación obxectiva e previsiblemente definitivas, que diminúan ou anulen a súa capacidade laboral. Non obstará a tal cualificación a posibilidade de recuperación da capacidade laboral do inválido se esa posibilidade se estima medicamente como incerta ou a longo prazo.

As reducións anatómicas ou funcionais existentes na data da afiliación do interesado na Seguridade Social non impedirán a cualificación da situación de incapacidade permanente, cando se trate de persoas con discapacidade e con posterioridade á afiliación tales reducións se agraven e provocasen por si mesmas ou por concorrencia con novas lesións ou patoloxías unha diminución ou anulación da capacidade laboral que tiña o interesado no momento da súa afiliación.

O artigo 137 do TRLXSS establece que a incapacidade permanente, calquera que sexa a súa causa determinante, se clasificará, en función da porcentaxe de redución da capacidade de traballo do interesado, valorada de acordo coa lista de enfermidades, que

se aprobe regulamentariamente, nos seguintes graos:

- a) Incapacidade permanente parcial.
- b) Incapacidade permanente total.
- c) Incapacidade permanente absoluta.
- d) Grande invalidez.

A cualificación da incapacidade permanente nos seus distintos graos determinarase en función da porcentaxe de redución da capacidade de traballo que regulamentariamente se estableza e, para os efectos da determinación do grao da incapacidade, terase en conta a incidencia da redución da capacidade de traballo no desenvolvemento da profesión que exercía o interesado ou do grupo profesional en que aquela estaba encadrada antes de producirse o feito causante da incapacidade permanente.

A lista de enfermidades, a valoración destas, para os efectos da redución da capacidade de traballo, e a determinación dos distintos graos de incapacidade, así como o réxime de incompatibilidades destes, serán obxecto de desenvolvemento regulamentario por parte do Goberno, logo do informe do Consello Xeral do Instituto Nacional da Seguridade Social.

Beneficiarios

Terán dereito ás prestacións por invalidez permanente as persoas incluídas no réxime xeral que sexan declaradas en tal situación e que, ademais de reuniren a condición xeral (de afiliación e alta), cubrisen o período mínimo de cotización que se determina na súa normativa, salvo que aquela sexa debida a accidente, sexa ou non laboral, ou a enfermidade profesional, caso en que non será exixido ningún período previo de cotización.

Non se recoñecerá o dereito a prestacións de incapacidade permanente derivada de continxencias comúns cando o beneficiario, na data do feito causante, teña a idade prevista no apartado 1.a) do artigo 161 desta lei e reúna os requisitos para acceder á pensión de xubilación no sistema da Seguridade Social.

No caso de pensións por incapacidade permanente, o período mínimo de cotización exixible será:

a) Se o suxeito causante ten menos de trinta e un anos de idade, a terceira parte do tempo transcorrido entre a data en que cumpriu os dezaseis anos e a do feito causante da pensión.

b) Se o causante ten cumpridos trinta e un anos de idade, a cuarta parte do tempo transcorrido entre a data en que se cumprisen os vinte anos e o día en que se producise o feito causante, cun mínimo, en todo caso, de cinco anos. Neste suposto, polo menos a quinta parte do período de cotización exixible deberá estar comprendida dentro dos dez anos inmediatamente anteriores ao feito causante.

Nos supostos en que se acceda á pensión de incapacidade permanente desde unha situación de alta ou asimilada á alta, sen obriga de cotizar, o período dos dez anos, dentro dos cales deba estar comprendido, polo menos, a quinta parte do período de cotización exixible, computarase, cara atrás, desde a data en que cesou a obriga de cotizar.

No caso de incapacidade permanente parcial para a profesión habitual, o período mínimo de cotización exixible será de mil oitocentos días, que han de estar comprendidos nos dez anos inmediatamente anteriores á data na que se extingue a incapacidade temporal da que derive a incapacidade permanente.

Non obstante, as pensións de invalidez permanente nos graos de incapacidade permanente absoluta para todo traballo ou grande invalidez derivadas de continxencias comúns poderán causarse, aínda que os interesados non se atopen no momento do feito causante en alta ou situación asimilada á de alta. En tales supostos, o período mínimo de cotización exixible será, en todo caso, de quince anos.

Prestacións

A prestación económica correspondente á incapacidade permanente parcial para a profesión habitual consistirá nunha cantidade de importe fixado.

A prestación económica correspondente á incapacidade permanente total consistirá nunha pensión vitalicia, que poderá excepcionalmente ser substituída por unha indemnización de importe fixado cando o beneficiario fose menor de sesenta anos.

Os declarados afectos de incapacidade permanente total para a profesión habitual percibirán a pensión prevista no parágrafo anterior incrementada na porcentaxe que

reglamentariamente se determine, cando pola súa idade, falta de preparación xeral ou especializada e circunstancias sociais e laborais do lugar de residencia, se presuma a dificultade de obter emprego en actividade distinta da habitual anterior.

A contía da pensión de incapacidade permanente total derivada de enfermidade común non poderá resultar inferior ao 55 por 100 da base mínima de cotización para maiores de dezoito anos, en termos anuais, vixente en cada momento.

A prestación económica correspondente á incapacidade permanente absoluta consistirá nunha pensión vitalicia.

Se o traballador fose cualificado de grande inválido, terá dereito a unha pensión vitalicia segundo o establecido nos apartados anteriores, e incrementarase a súa contía cun complemento, destinado a que o inválido poida remunerar a persoa que o atenda. O importe dese complemento será equivalente ao resultado de sumar o 45 por 100 da base mínima de cotización vixente no momento do feito causante e o 30 por 100 da última base de cotización do traballador correspondente á continxencia da que derive a situación de incapacidade permanente. Pero en ningún caso o complemento sinalado poderá ter un importe inferior ao 45 por 100 da pensión percibida, sen o complemento, polo traballador.

Nos casos en que o traballador, con sesenta e cinco ou máis anos, acceda á pensión de incapacidade permanente derivada de continxencias comúns, por non reunir os requisitos para o recoñecemento do dereito a pensión de xubilación, a contía da pensión de incapacidade permanente será equivalente ao resultado de aplicar á correspondente base reguladora a porcentaxe que corresponda ao período mínimo de cotización que estea establecido, en cada momento, para o acceso á pensión de xubilación; non obstante, varía o cómputo cando a incapacidade permanente derive de enfermidade común (xa que se considerará como base reguladora o resultado de aplicar unicamente o establecido na norma a) do apartado 1 do artigo 140).

En caso de incapacidade permanente total para a profesión habitual, a pensión vitalicia correspondente será compatible co salario que poida percibir o traballador na mesma empresa ou noutra distinta, co alcance e nas condicións que se determinen reglamentariamente.

As pensións vitalicias en caso de invalidez absoluta ou de grande invalidez non impedirán

o exercicio daquelas actividades, sexan ou non lucrativas, compatibles co estado do inválido e que non representen un cambio na súa capacidade de traballo para os efectos de revisión.

Requisitos xerais:

- O requisito da afiliación e a alta: Exíxese para os graos de incapacidade permanente parcial e de incapacidade permanente total, pero non é necesario para a incapacidade permanente absoluta e para a grande invalidez. Non obstante, quen pretenda acceder a estas prestacións sen atoparse de alta deberá reunir un período de cotización superior ao ordinario: 15 anos en todos os supostos. O momento en que se exige estar de alta é, xeralmente, o feito causante.
- O período de carencia: Para ser beneficiario das prestacións por invalidez permanente, son necesarios dous períodos carenciais: o xenérico (reunido en toda a vida do traballador) e o específico (acreditado nos últimos anos).

En canto á primeira, o período mínimo de cotización exixido non pode tratarse de forma unitaria, senón que é preciso distinguir uns graos doutros, coa debida separación entre os riscos determinantes da incapacidade, así como diferenciar a carencia xenérica da específica, relacionadas á súa vez coa idade do inválido.

A) Incapacidades derivadas de accidente de traballo, enfermidade profesional e accidente non laboral. En todos estes riscos non se exige período ningún de cotización. Non obstante, cando o ANL se produza sen estar o traballador en alta, exíxese un mínimo de cotización de 15 anos (artigo 138 apartados 1 e 3 LXSS).

B) Incapacidades derivadas de enfermidade común. Se a invalidez deriva de enfermidade común, é preciso distinguir a carencia xenérica da específica, a idade do traballador, os diversos graos e se o feito causante se produciu en situación de non alta.

1) Incapacidade permanente parcial: segundo o artigo 138.2.b), parágrafo segundo do TRLXSS, o período mínimo de cotización exixible será de 1.800 días, que han de estar comprendidos nos 10 anos inmediatamente anteriores á data na que se extingue a incapacidade temporal da que derive a

invalidez permanente.

2) Invalidez total, absoluta e grande invalidez: o período mínimo de cotización exixible será, dependendo da idade do beneficiario:

a) Período xenérico de cotización: se ten menos de trinta e un anos de idade, a terceira parte do tempo transcorrido entre a data en que cumpriu os 16 anos e a do feito causante da pensión.

Período específico de cotización: non se exige.

b) Período xenérico de cotización: se o causante ten cumpridos trinta e un anos de idade, un cuarto do tempo transcorrido entre a data en que cumprise os vinte anos e o día en que se producise o feito causante, cun mínimo, en todo caso, de cinco anos.

Período específico de cotización: un quinto do período de cotización debe estar comprendido:

-Nos 10 anos inmediatamente anteriores ao feito causante ou

-Nos 10 anos inmediatamente anteriores á data en que cesou a obriga de cotizar, se se accede á pensión desde unha situación de alta ou asimilada, sen obriga de cotizar.

XUBILACIÓN

A prestación económica por causa de xubilación, na súa modalidade contributiva, será única para cada beneficiario e consistirá nunha pensión vitalicia que lle será recoñecida, nas condicións, contía e forma que regulamentariamente se determinen, cando, alcanzada a idade establecida, cese ou cesase no traballo por conta allea.

Beneficiarios

Terán dereito á pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, as persoas incluídas neste réxime xeral que, ademais das condicións xerais, reúnan as seguintes:

a) Ter cumpridos 67 anos de idade, ou 65 anos cando se acrediten 38 anos e 6 meses de cotización, sen que se teña en conta a parte proporcional correspondente ás pagas extraordinarias.

Para o cómputo dos anos e meses de cotización tomaranse anos e meses completos, sen que se equiparen a un ano ou un mes as súas fraccións.

b) Ter cuberto un período mínimo de cotización de quince anos, dos cales polo menos dous deberán estar comprendidos dentro dos quince anos inmediatamente anteriores ao momento de causar o dereito. Para os efectos do cómputo dos anos cotizados, non se terá en conta a parte proporcional correspondente por pagas extraordinarias.

Nos supostos en que se acceda á pensión de xubilación desde unha situación de alta ou asimilada á alta, sen obriga de cotizar, o período de dous anos a que se refire o parágrafo anterior deberá estar comprendido dentro dos quince anos anteriores á data en que cesou a obriga de cotizar.

Tamén terán dereito á pensión de xubilación os que se atopen en situación de invalidez provisional e reúnan as condicións que se establecen no apartado 1 deste artigo.

Non obstante, a pensión de xubilación poderá causarse, aínda que os interesados non se atopen no momento do feito causante en alta ou situación asimilada á de alta, sempre que reúnan os requisitos de idade e cotización previstos no citado apartado 1.

Para causar pensión no réxime xeral e noutro ou noutros do sistema da Seguridade Social será necesario, segundo os casos, que as cotizacións acreditadas en cada un deles se superpoñan, polo menos, durante quince anos.

Xubilación anticipada

A idade mínima poderá ser rebaixada por real decreto, por proposta do ministro de Traballo e Asuntos Sociais, naqueles grupos ou actividades profesionais cuxos traballos sexan de natureza excepcionalmente penosa, tóxica, perigosa ou insalubre e acusen elevados índices de morbilidade ou mortalidade, sempre que os traballadores afectados acrediten na respectiva profesión ou traballo o mínimo de actividade que se estableza.

De igual modo, tal idade mínima poderá ser reducida no caso de persoas con discapacidade nun grao de discapacidade igual ou superior ao 65 por 100 nos termos contidos no correspondente real decreto acordado por proposta do ministro de Traballo e Asuntos Sociais ou tamén nun grao de discapacidade igual ou superior ao 45 por 100, sempre que, neste último suposto, se trate de discapacidade regulamentariamente

determinadas nas que concorran evidencias que determinan de forma xeneralizada e apreciable unha redución da esperanza de vida desas persoas.

A aplicación dos correspondentes coeficientes redutores da idade en ningún caso dará ocasión a que o interesado poida acceder á pensión de xubilación cunha idade inferior á de 52 anos.

Poderán acceder á xubilación anticipada os traballadores que reúnan os seguintes requisitos:

Establécense dúas modalidades de acceso á xubilación anticipada, a que deriva do cesamento no traballo por causa non imputable ao traballador e a que deriva da vontade do interesado, para as cales se exixen os seguintes requisitos:

A) Respecto da derivada do cesamento no traballo por causa non imputable á libre vontade do traballador.

a) Ter cumprida unha idade que sexa inferior en catro anos, como máximo, á idade que en cada caso resulte de aplicación segundo o establecido no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima, sen que para estes efectos resulten de aplicación os coeficientes redutores a que se refire o apartado anterior.

b) Encontrarse inscritos nas oficinas de emprego como demandantes de emprego durante un prazo de, polo menos, seis meses inmediatamente anteriores á data da solicitude da xubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 anos, sen que, para tales efectos, se teña en conta a parte proporcional por pagas extraordinarias. Para estes exclusivos efectos, só se computará o período de prestación do servizo militar obrigatorio ou da prestación social substitutoria, co límite máximo dun ano.

d) Que o cesamento no traballo se producise como consecuencia dunha situación de reestruturación empresarial que impida a continuidade da relación laboral. Para estes efectos, as causas de extinción do contrato de traballo que poderán dar dereito ao acceso a esta modalidade de xubilación anticipada serán as seguintes:

a. O despedimento colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, conforme o artigo 51 do Estatuto dos traballadores.

b. O despedimento obxectivo por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, conforme o artigo 52.c) do Estatuto dos traballadores.

c. A extinción do contrato por resolución xudicial, conforme o artigo 64 da Lei 22/2003, do 9 de xullo, concursal.

d. A morte, xubilación ou incapacidade do empresario individual, sen prexuízo do disposto no artigo 44 do Estatuto dos traballadores, ou a extinción da personalidade xurídica do contratante.

e. A extinción do contrato de traballo motivada pola existencia de forza maior constatada pola autoridade laboral conforme o establecido no artigo 51.7 do Estatuto dos traballadores.

Nos supostos previstos nas letras a e b, para poder acceder á xubilación anticipada derivada de cesamento no traballo por causa non imputable ao traballador, será necesario que este acredite ter percibido a indemnización correspondente derivada da extinción do contrato de traballo ou ter interposto demanda xudicial en reclamación da devandita indemnización ou de impugnación da decisión extintiva.

A percepción da indemnización acreditarase mediante documento da transferencia bancaria recibida ou documentación acreditativa equivalente.

A extinción da relación laboral da muller traballadora como consecuencia de ser vítima da violencia de xénero dará acceso a esta modalidade de xubilación anticipada.

Nos casos de acceso á xubilación anticipada a que se refire este apartado A), a pensión será obxecto de redución mediante a aplicación, por cada trimestre ou fracción de trimestre que, no momento do feito causante, lle falte ao traballador para cumprir a idade legal de xubilación que en cada caso resulte da aplicación do establecido no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima, dos coeficientes que se establecen. Así:

1º. Coeficiente do 1,875 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización inferior a 38 anos e 6 meses.

2º. Coeficiente do 1,750 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización igual ou superior a 38 anos e 6 meses e inferior a 41 anos e 6 meses.

3º. Coeficiente do 1,625 por 100 por trimestre cando se acredite un período de

cotización igual ou superior a 41 anos e 6 meses e inferior a 44 anos e 6 meses.

4º. Coeficiente do 1,500 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización igual ou superior a 44 anos e 6 meses.

Para os exclusivos efectos de determinar a dita idade legal de xubilación, considerarase como tal a que lle correspondese ao traballador de ter seguido cotizando durante o prazo comprendido entre a data do feito causante e o cumprimento da idade legal de xubilación que en cada caso resulte da aplicación do establecido no artigo 161.1 a) e na disposición transitoria vixésima.

Para o cómputo dos períodos de cotización tomaranse períodos completos, sen que se equipare a un período a fracción deste.

B) Respecto do acceso anticipado á xubilación por vontade do interesado:

a) Ter cumprida unha idade que sexa inferior en dous anos, como máximo, á idade que en cada caso resulte de aplicación segundo o establecido no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima, sen que para estes efectos resulten de aplicación os coeficientes redutores a que se refire o apartado anterior.

b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 anos, sen que, para tales efectos, se teña en conta a parte proporcional por pagas extraordinarias. Para estes exclusivos efectos, só se computará o período de prestación do servizo militar obrigatorio ou da prestación social substitutoria, co límite máximo dun ano.

c) Unha vez acreditados os requisitos xerais e específicos desa modalidade de xubilación, o importe da pensión que se vai percibir ha de resultar superior á contía da pensión mínima que lle correspondería ao interesado pola súa situación familiar ao cumprir os 65 anos de idade. No caso contrario, non se poderá acceder a esta fórmula de xubilación anticipada.

Nos casos de acceso á xubilación anticipada a que se refire este apartado B), a pensión será obxecto de redución mediante a aplicación, por cada trimestre ou fracción de trimestre que, no momento do feito causante, lle falte ao traballador para cumprir a idade legal de xubilación que en cada caso resulte da aplicación do establecido no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima, dos coeficientes que se establecen:

1º. Coeficiente do 2 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización inferior a 38 anos e 6 meses.

2º. Coeficiente do 1,875 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización igual ou superior a 38 anos e 6 meses e inferior a 41 anos e 6 meses.

3º. Coeficiente do 1,750 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización igual ou superior a 41 anos e 6 meses e inferior a 44 anos e 6 meses.

4º. Coeficiente do 1,625 por 100 por trimestre cando se acredite un período de cotización igual ou superior a 44 anos e 6 meses.

Para os efectos de determinar esa idade legal de xubilación, considerarase como tal a que lle correspondese ao traballador de ter seguido cotizando durante o prazo comprendido entre a data do feito causante e o cumprimento da idade legal de xubilación que en cada caso resulte da aplicación do establecido no artigo 161.1.a) e na disposición transitoria vixésima.

Para o cómputo dos períodos de cotización tomaranse períodos completos, sen que se equipare a un período a fracción deste.

Contía da pensión

A contía da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, determinarase aplicando a base reguladora, calculada conforme o disposto no artigo 162 TRLXSS precedente, as porcentaxes seguintes:

1º. Polos primeiros 15 anos cotizados: o 50 por 100.

2º. A partir do ano décimo sexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre os meses 1 e 248, engadirase o 0,19 por 100, e polos que superen o mes 248, engadirase o 0,18 por 100, sen que a porcentaxe aplicable á base reguladora supere o 100 por 100, salvo no suposto a que se refire o apartado seguinte.

Á contía así determinada seralle de aplicación o factor de sustentabilidade que corresponda en cada momento.

2. Cando se acceda á pensión de xubilación a unha idade superior á que resulte da aplicación en cada caso do establecido na letra a) do apartado 1 do artigo 161, sempre

que ao cumprir esta idade se reunise o período mínimo de cotización establecido na letra b) do citado apartado, recoñeceráselle ao interesado unha porcentaxe adicional por cada ano completo cotizado entre a data en que cumpriu esa idade e a do feito causante da pensión, cuxa contía dependerá dos anos de cotización acreditados na primeira das datas indicadas, segundo a seguinte escala:

- Ata 25 anos cotizados, o 2 por 100.
- Entre 25 e 37 anos cotizados, o 2,75 por 100.
- A partir de 37 anos cotizados, o 4 por 100.

A porcentaxe adicional obtida segundo o establecido no parágrafo anterior sumarase á que con carácter xeral lle corresponda ao interesado de acordo co apartado 1, e aplicaráselle a porcentaxe resultante á respectiva base reguladora para os efectos de determinar a contía da pensión, que non poderá ser superior en ningún caso ao límite establecido no artigo 47.

No suposto de que a contía da pensión recoñecida alcance o indicado límite sen aplicar a porcentaxe adicional ou aplicándoo só parcialmente, o interesado terá dereito, ademais, a percibir anualmente unha cantidade cuxo importe se obterá aplicándolle ao importe do dito límite vixente en cada momento a porcentaxe adicional non utilizada para determinar a contía da pensión, redondeada á unidade máis próxima por exceso. A citada cantidade devengarase por meses vencidos e aboarase en 14 pagas, sen que a suma do seu importe e o da pensión ou pensións que tivese recoñecidas o interesado, en cómputo anual, poida superar a contía do tope máximo da base de cotización vixente en cada momento, tamén en cómputo anual.

O beneficio establecido neste apartado non será de aplicación nos supostos de xubilación parcial, nin da xubilación flexible a que se refire o parágrafo segundo do apartado 1 do artigo 165.

3. Cando para determinar a contía dunha pensión de xubilación se tivesen que aplicar coeficientes redutores por idade no momento do feito causante, aqueles aplicaranse sobre o importe da pensión resultante de aplicarlle á base reguladora a porcentaxe que corresponda por meses de cotización. Unha vez aplicados os referidos coeficientes redutores, o importe resultante da pensión non poderá ser superior á contía resultante de

reducir o tope máximo de pensión nun 0,50 por 100 por cada trimestre ou fracción de trimestre de anticipación.

4. O coeficiente do 0,50 por 100 a que se refire o apartado anterior non será de aplicación nos seguintes supostos:

a) Cando se trate de xubilacións causadas ao amparo do establecido na norma 2ª do apartado 1 da disposición transitoria terceira.

b) Nos casos de xubilacións anticipadas conforme as previsións do apartado 1 do artigo 161 bis, en relación cos grupos ou actividades profesionais cuxos traballos sexan de natureza excepcionalmente penosa, tóxica, perigosa ou insalubre, ou se refiran a persoas con discapacidade.

Imprescritibilidade

O dereito ao recoñecemento da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, é imprescritible, sen prexuízo de que os efectos de tal recoñecemento se produzan a partir dos tres meses anteriores á data en que se presente a correspondente solicitude, nos supostos de xubilación en situación de alta.

Incompatibilidades

O gozo da pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, será incompatible co traballo do pensionista, coas excepcións e nos termos que legal ou regulamentariamente se determinen.

Con todo, as persoas que accedan á xubilación poderán compatibilizar a percepción da pensión cun traballo a tempo parcial nos termos que regulamentariamente se establezan. Durante esa situación, minorarase a percepción da pensión en proporción inversa á redución aplicable á xornada de traballo do pensionista en relación coa dun traballador a tempo completo comparable.

O desempeño dun posto de traballo no sector público delimitado no **parágrafo segundo do apartado 1 do artigo primeiro da Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ao servizo das administracións públicas** é incompatible coa percepción de pensión de xubilación na súa modalidade contributiva. A percepción da pensión indicada quedará en suspenso polo tempo que dure o desempeño

do dito posto, sen que iso afecte ás súas revalorizacións.

Tamén será incompatible percibir a pensión de xubilación, na súa modalidade contributiva, co desempeño dos altos cargos aos que se refire o **artigo primeiro da Lei 25/1983, do 26 de decembro, de incompatibilidades de altos cargos.**

Xubilación parcial

Artigo 166 TRLXSS: Os traballadores que cumprisen a idade a que se refire o artigo 161.1.a) e a disposición transitoria vixésima e reúnan os requisitos para causar dereito á pensión de xubilación, sempre que se produza unha redución da súa xornada de traballo comprendida entre un mínimo do 25 por 100 e un máximo do 50 por 100, poderán acceder á xubilación parcial sen necesidade da celebración simultánea dun contrato de relevo. As porcentaxes indicadas entenderanse referidas á xornada dun traballador a tempo completo comparable.

2. Así mesmo, sempre que con carácter simultáneo se asine un contrato de relevo nos termos previstos no artigo 12.7 do Estatuto dos traballadores, os traballadores a tempo completo poderán acceder á xubilación parcial cando reúnan os seguintes requisitos:

a) Cumprir as seguintes idades sen que, para tales efectos, se teñan en conta as bonificacións ou anticipacións da idade de xubilación que puidesen ser de aplicación para o interesado.

Ano do feito causante	Idade exixida segundo períodos cotizados no momento do feito causante		Idade exixida con 33 anos cotizados no momento do feito causante
2013	61 e 1 mes	33 anos e 3 meses ou máis	61 e 2 meses
2014	61 e 2 meses	33 anos e 6 meses ou máis	61 e 4 meses
2015	61 e 3 meses	33 anos e 9 meses ou máis	61 e 6 meses
2016	61 e 4 meses	34 anos ou máis	61 e 8 meses

2017	61 e 5 meses	34 anos e 3 meses ou máis	61 e 10 meses
2018	61 e 6 meses	34 anos e 6 meses ou máis	62 anos
2019	61 e 8 meses	34 anos e 9 meses ou máis	62 e 4 meses
2020	61 e 10 meses	35 anos ou máis	62 e 8 meses
2021	62 anos	35 anos e 3 meses ou máis	63 anos
2022	62 e 2 meses	35 anos e 6 meses ou máis	63 e 4 meses
2023	62 e 4 meses	35 anos e 9 meses ou máis	63 e 8 meses
2024	62 e 6 meses	36 anos ou máis	64 anos
2025	62 e 8 meses	36 anos e 3 meses ou máis	64 e 4 meses
2026	62 e 10 meses	36 anos e 3 meses ou máis	64 e 8 meses
2027 e seguintes	63 anos	36 anos e 6 meses	65 anos

A escala de idades indicada non será de aplicación para os traballadores a que se refire a norma 2ª do apartado 1 da disposición transitoria terceira, aos que se lles exixirá ter cumprida a idade de 60 anos sen que, para estes efectos, se teñan en conta as bonificacións ou anticipacións da idade de xubilación que puidesen ser de aplicación para os interesados.

b) Acreditar un período de antigüidade na empresa de, polo menos, 6 anos inmediatamente anteriores á data da xubilación parcial. Para tal efecto, computarase a antigüidade acreditada na empresa anterior se mediou unha sucesión de empresa nos termos previstos no artigo 44 do Estatuto dos traballadores, ou en empresas pertencentes ao mesmo grupo.

c) Que a redución da súa xornada de traballo se atope comprendida entre un mínimo dun 25 por 100 e un máximo do 50 por 100, ou do 75 por 100 para os supostos en que o traballador relevista sexa contratado a xornada completa mediante un contrato de duración indefinida, sempre que se acrediten o resto dos requisitos. As ditas porcentaxes entenderanse referidas á xornada dun traballador a tempo completo comparable.

d) Acreditar un período de cotización de 33 anos na data do feito causante da xubilación parcial, sen que para estes efectos se teña en conta a parte proporcional correspondente por pagas extraordinarias. Para estes exclusivos efectos, só se computará o período de prestación do servizo militar obrigatorio ou da prestación social substitutoria, co límite máximo dun ano.

No suposto de persoas con discapacidade en grao igual ou superior ao 33 por 100, o período de cotización exixido será de 25 anos.

e) Que exista unha correspondencia entre as bases de cotización do traballador relevista e do xubilado parcial, de modo que a correspondente ao traballador relevista non poderá ser inferior ao 65 por 100 da media das bases de cotización correspondentes aos seis últimos meses do período de base reguladora da pensión de xubilación parcial.

f) Os contratos de relevo que se establezan como consecuencia dunha xubilación parcial terán, como mínimo, unha duración igual ao tempo que lle falte ao traballador substituído para alcanzar a idade de xubilación a que se refire o artigo 161.1.a) e a disposición transitoria vixésima.

Nos casos a que se refire a letra c), en que o contrato de relevo sexa de carácter indefinido e a tempo completo, deberá manterse polo menos durante unha duración igual ao resultado de sumarlle dous anos ao tempo que lle falte ao traballador substituído para alcanzar a idade de xubilación a que se refire o artigo 161.1.a) e a disposición transitoria vixésima. No suposto de que o contrato se extinga antes de alcanzar a duración mínima indicada, o empresario estará obrigado a asinar un novo contrato nos mesmos termos do extinguido, polo tempo restante. En caso de incumprimento por parte do empresario das condicións establecidas neste artigo en materia de contrato de relevo, será responsable do reintegro da pensión que percibise o pensionista a tempo parcial.

g) Sen prexuízo da redución de xornada a que se refire a letra c), durante o período de

gozo da xubilación parcial, empresa e traballador cotizarán pola base de cotización que, de ser o caso, lle tivese correspondido de seguir traballando este a xornada completa.

3. O gozo da pensión de xubilación parcial en ambos os dous supostos será compatible cun posto de traballo a tempo parcial.

4. O réxime xurídico da xubilación parcial a que se refiren os apartados anteriores será o que regulamentariamente se estableza.

MORTE E SUPERVIVENCIA

En caso de morte, calquera que fose a súa causa, outorgaranse, segundo os supostos, algunha ou algunhas das prestacións seguintes:

- a) Un auxilio por defunción.
- b) Unha pensión vitalicia de viuvez.
- c) Unha prestación temporal de viuvez.
- d) Unha pensión de orfandade.
- e) Unha pensión vitalicia ou, de ser o caso, subsidio temporal en favor de familiares.

En caso de morte causada por accidente de traballo ou enfermidade profesional, concederase, ademais, unha indemnización a cantidade fixada.

Suxeitos causantes:

Poderán causar dereito ás prestacións enumeradas no artigo anterior:

- a) As persoas integradas no réxime xeral que cumpran a condición xeral exixida no artigo 124 (afiliación e alta).
- b) Os perceptores dos subsidios de incapacidade temporal, risco durante o embarazo, maternidade, paternidade ou risco durante a lactación natural que cumpran o período de cotización que, de ser o caso, estea establecido.
- c) Os pensionistas por incapacidade permanente e xubilación, ambos os dous na súa modalidade contributiva.

Reputaranse de dereito mortos a consecuencia de accidente de traballo ou de enfermidade profesional os que teñan recoñecida por tales continxencias unha invalidez permanente

absoluta para todo traballo ou a condición de grande inválido.

Se non se dá o anterior suposto, deberá probarse que a morte foi debida ao accidente de traballo ou á enfermidade profesional, sempre que o falecemento acontecese dentro dos cinco anos seguintes á data do accidente, aínda que, en caso de enfermidade profesional, se admitirá tal proba, con independencia do tempo transcorrido.

Os traballadores que desaparecesen con ocasión dun accidente, sexa ou non de traballo, en circunstancias que fagan presumible a súa morte e sen que se tivesen noticias súas durante os noventa días naturais seguintes ao do accidente, poderán causar as prestacións por morte e supervivencia, a excepción do auxilio por defunción. Os efectos económicos das prestacións retrotraeranse á data do accidente, nas condicións que regulamentariamente se determinen.

Auxilio por defunción

O falecemento do causante dará dereito á percepción inmediata dun auxilio por defunción para facer fronte aos gastos do enterro a quen os soportase. Presumirase, salvo proba en contrario, que eses gastos foron satisfeitos por esta orde: polo cónxuxe supervivente, o sobrevivente dunha parella de feito nos termos regulados no apartado 3 do artigo 174, fillos e parentes do falecido que conviven con el habitualmente.

Pensión de viuvez

Terá dereito á pensión de viuvez, con carácter vitalicio, salvo que se produza algunha das causas de extinción que legal ou regulamentariamente se establezan, o cónxuxe supervivente cando, ao falecemento do seu cónxuxe, este, se ao falecer se atopase en alta ou en situación asimilada á de alta, tivese completado un período de cotización de cincocentos días, dentro dun período ininterrompido de cinco anos inmediatamente anteriores á data do feito causante da pensión. Nos supostos en que se cause aquela desde unha situación de alta ou de asimilada á alta, sen obriga de cotizar, o período de cotización de cincocentos días deberá estar comprendido dentro dun período ininterrompido de cinco anos inmediatamente anteriores á data en que cesou a obriga de cotizar. En calquera caso, se a causa da morte fose un accidente, sexa ou non de traballo, ou unha enfermidade profesional, non se exixirá ningún período previo de cotización.

Tamén terá dereito á pensión de viuvez o cónxuxe supervivente aínda que o causante, na data de falecemento, non se atopase en alta ou en situación asimilada á de alta, sempre que este tivese completado un período mínimo de cotización de quince anos.

Nos supostos excepcionais en que o falecemento do causante derivase de enfermidade común, non sobrevida tras o vínculo conxugal, requirirase, ademais, que o matrimonio se celebre cun ano de antelación como mínimo á data do falecemento ou, alternativamente, a existencia de fillos comúns. Non se exixirá esa duración do vínculo matrimonial cando na súa data de celebración se acredite un período de convivencia co causante, nos termos establecidos no parágrafo cuarto do apartado 3, que, sumado ao de duración do matrimonio, tivese superado os dous anos.

Nos casos de separación ou divorcio, o dereito á pensión de viuvez corresponderalle a quen, reunindo os requisitos en cada caso exixidos no apartado anterior, sexa ou fose cónxuxe lexítimo, neste último caso sempre que non contraese novas nupcias ou constituíse unha parella de feito nos termos a que se refire o apartado seguinte. Así mesmo, requirirase que as persoas divorciadas ou separadas xudicialmente sexan acreedoras da pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do Código civil e esta quedase extinguida á morte do causante. No suposto de que a contía da pensión de viuvez fose superior á pensión compensatoria, aquela diminuírase ata alcanzar a contía desta última.

En todo caso, terán dereito á pensión de viuvez as mulleres que, mesmo non sendo acreedoras de pensión compensatoria, puidesen acreditar que eran vítimas de violencia de xénero no momento da separación xudicial ou o divorcio mediante sentenza firme, ou arquivo da causa por extinción da responsabilidade penal por falecemento; en defecto de sentenza, a través da orde de protección ditada ao seu favor ou informe do Ministerio Fiscal que indique a existencia de indicios de violencia de xénero, así como por calquera outro medio de proba admitido en dereito.

Se, mediando divorcio, se producise unha concorrencia de beneficiarios con dereito a pensión, esta será recoñecida en contía proporcional ao tempo vivido por cada un deles co causante, e garantirase, en todo caso, o 40 por 100 a favor do cónxuxe supervivente ou, de ser o caso, do que, sen ser cónxuxe, convivise co causante no momento do

falecemento e resultase beneficiario da pensión de viuvez nos termos a que se refire o apartado seguinte.

En caso de nulidade matrimonial, o dereito á pensión de viuvez corresponderalle ao supervivente ao que se lle recoñecese o dereito a indemnización a que se refire o artigo 98 do Código civil, sempre que non contraese novas nupcias ou constituíse unha parella de feito nos termos a que se refire o apartado seguinte. A dita pensión será recoñecida en contía proporcional ao tempo vivido co causante, sen prexuízo dos límites que poidan resultar pola aplicación do previsto no parágrafo anterior no suposto de concorrencia de varios beneficiarios.

Cumpridos os requisitos de alta e cotización, terá así mesmo dereito á pensión de viuvez quen se atopase unido ao causante no momento do seu falecemento, formando unha parella de feito, e acredítase que os seus ingresos durante o ano natural anterior non alcanzaron o 50% da suma dos propios e dos do causante habidos no mesmo período. Esa porcentaxe será do 25% no caso de inexistencia de fillos comúns con dereito a pensión de orfandade.

Non obstante, tamén se recoñecerá dereito a pensión de viuvez cando os ingresos do sobrevivente resulten inferiores a 1,5 veces o importe do salario mínimo interprofesional vixente no momento do feito causante, requisito que deberá concorrer tanto no momento do feito causante da prestación como durante o período da súa percepción. O límite indicado incrementarase en 0,5 veces a contía do salario mínimo interprofesional vixente por cada fillo común con dereito á pensión de orfandade que conviva co sobrevivente.

Consideraranse como ingresos os rendementos de traballo e de capital, así como os de carácter patrimonial, nos termos en que son computados para o recoñecemento dos complementos para mínimos de pensións.

Considerarase parella de feito a constituída, con análoga relación de afectividade á conxugal, polos que, non estando impedidos para contraer matrimonio, non teñan vínculo matrimonial con outra persoa e acrediten, mediante o correspondente certificado de empadramento, unha convivencia estable e notoria con carácter inmediato ao falecemento do causante e cunha duración ininterrompida non inferior a cinco anos. A existencia de parella de feito acreditarase mediante certificación da inscrición nalgún dos

registros específicos existentes nas comunidades autónomas ou concellos do lugar de residencia ou mediante documento público no que conste a constitución da dita parella. Tanto a mencionada inscrición como a formalización do correspondente documento público deberán terse producido cunha antelación mínima de dous anos con respecto á data do falecemento do causante.

En todos estes supostos o dereito a pensión de viuvez extinguirase cando o beneficiario contraia matrimonio ou constitúa unha parella de feito nos termos regulados no apartado anterior, sen prexuízo das excepcións establecidas regulamentariamente.

Prestación temporal de viuvez

Cando o cónxuxe supervivente non poida acceder ao dereito a pensión de viuvez por non acreditar que o seu matrimonio co causante tivo unha duración dun ano ou, alternativamente, pola inexistencia de fillos comúns e reúna o resto de requisitos enumerados no apartado 1 do artigo 174, terá dereito a unha prestación temporal en contía igual á da pensión de viuvez que lle tería correspondido e cunha duración de dous anos.

Pensión de orfandade

Terán dereito á pensión de orfandade, en réxime de igualdade, cada un dos fillos do causante, calquera que sexa a natureza da súa filiación, sempre que, ao falecer o causante, sexan menores de vinte e un anos ou estean incapacitados para o traballo e que o causante se atopase en alta ou en situación asimilada á alta. Será de aplicación, así mesmo, ás pensións de orfandade o previsto no segundo parágrafo do número 1 do artigo 174 desta lei.

Nos casos en que o fillo do causante non efectúe un traballo lucrativo por conta allea ou propia, ou cando, realizándoo, os ingresos que obteña resulten inferiores, en cómputo anual, á contía vixente para o salario mínimo interprofesional, tamén en cómputo anual, poderá ser beneficiario da pensión de orfandade, sempre que, na data de falecemento do causante, aquel fose menor de 25 anos.

Se o orfo estivese a cursar estudos e cumprise 25 anos durante o transcurso do curso escolar, a percepción da pensión de orfandade manterase ata o día primeiro do mes

inmediatamente posterior ao do inicio do seguinte curso académico.

A pensión de orfandade aboarase a quen teña ao seu cargo os beneficiarios, segundo determinación regulamentaria.

Prestacións en favor de familiares

Nos regulamentos xerais de desenvolvemento desta lei determinaranse aqueloutros familiares ou asimilados que, reunindo as condicións que para cada un deles se establezan e logo da proba da súa dependencia económica do causante, terán dereito a pensión ou subsidio por morte deste, na contía que respectivamente se fixe.

En todo caso, recoñecerase dereito a pensión a fillos ou irmáns de beneficiarios de pensións contributivas de xubilación e invalidez, nos cales se dean, nos termos que se establezan nos regulamentos xerais, as seguintes circunstancias:

- a) Convivir co causante e ao seu cargo.
- b) Ser maiores de corenta e cinco anos e solteiros, divorciados ou viúvos.
- c) Acreditar dedicación prolongada ao coidado do causante.
- d) Carecer de medios propios de vida.

Para os efectos destas prestacións, os que se atopen en situación legal de separación terán, respecto dos seus ascendentes ou descendentes, os mesmos dereitos que os que lles corresponderían de estar disolto o seu matrimonio.

Indemnización especial a importe fixado

No caso de morte por accidente de traballo ou enfermidade profesional, o cónxuxe supervivente, o sobrevivente dunha parella de feito nos termos regulados no apartado 3 do artigo 174 e os orfos terán dereito a unha indemnización a importe fixado.

Cando non existisen outros familiares con dereito a pensión por morte e supervivencia, o pai ou a nai que vivisen a expensas do traballador falecido, sempre que non teñan, con motivo da morte deste, dereito ás prestacións a que se refire o artigo anterior, percibirán a indemnización que se establece no apartado 1 deste artigo.

O dereito ao recoñecemento das prestacións por morte e supervivencia, con excepción do auxilio por defunción, será imprescritible, sen prexuízo de que os efectos de tal

recoñecemento se produzan a partir dos tres meses anteriores á data en que se presente a correspondente solicitude.

A pensión de viuvez será compatible con calquera renda de traballo. Pero será incompatible co recoñecemento doutra pensión de viuvez, en calquera dos réximes da Seguridade Social, salvo que as cotizacións acreditadas en cada un dos réximes se superpoñan, polo menos, durante 15 anos.

A pensión de orfandade será compatible con calquera renda de traballo de quen sexa ou fose cónxuxe do causante, ou do propio orfo, así como, se é o caso, coa pensión de viuvez que aquel perciba.

Os orfos incapacitados para o traballo con dereito a pensión de orfandade, cando perciban outra pensión da Seguridade Social en razón á mesma incapacidade, poderán optar entre unha e outra. Cando o orfo sexa declarado incapacitado para o traballo con anterioridade ao cumprimento da idade de 18 anos, a pensión de orfandade que viñese percibindo será compatible coa de incapacidade permanente que puidese causar, despois dos 18 anos, como consecuencia dunhas lesións distintas das que deron lugar á pensión de orfandade, ou, de ser o caso, coa pensión de xubilación que puidese causar en virtude do traballo que realice por conta propia ou allea.

A suma das contías das pensións por morte e supervivencia non poderá exceder do importe da base reguladora que corresponda, en función das cotizacións efectuadas polo causante. Esta limitación aplicarase á determinación inicial das expresadas contías, pero non afectará ás revalorizacións periódicas das pensións que procedan a partir deste momento.

Para os efectos da limitación das contías de pensións por morte ou supervivencia, as pensións de orfandade terán preferencia sobre as pensións a favor doutros familiares. Así mesmo, e polo que respecta a estas últimas prestacións, establécese a seguinte orde de preferencia:

- 1º. Netos e irmáns, menores de 18 anos ou maiores incapacitados, do causante.
- 2º. Pai e nai do causante.
- 3º. Avós e avoas do causante.

4º. Fillos e irmáns do pensionista de xubilación ou incapacidade permanente, na súa modalidade contributiva, maiores de 45 anos e que reúnan os demais requisitos establecidos.

PROTECCIÓN POR DESEMPREGO

Ten por obxecto regular a protección da continxencia de desemprego en que se atopen os que, podendo e querendo traballar, perdan o seu emprego ou vexan reducida a súa xornada ordinaria de traballo, nos termos previstos no artigo 208 do TRLXSS.

O desemprego será total cando o traballador cese, con carácter temporal ou definitivo, na actividade que viña desenvolvendo e sexa privado, por conseguinte, do seu salario.

Entenderase por desemprego total o cesamento total do traballador na actividade por días completos, continuados ou alternos, durante, polo menos, unha xornada ordinaria de traballo, en virtude de suspensión de contrato ou redución de xornada autorizada pola autoridade competente.

O desemprego será parcial cando o traballador vexa reducida temporalmente a súa xornada diaria ordinaria de traballo, entre un mínimo dun 10 e un máximo dun 70%, sempre que o salario sexa obxecto de análoga redución.

Para estes efectos, entenderase por redución temporal da xornada diaria ordinaria aquela que se autorice por un período de regulación de emprego, sen que estean comprendidas as reducións de xornadas definitivas ou que se estendan a todo o período que resta da vixencia do contrato de traballo.

Establécense os seguintes niveis de protección: a protección por desemprego estrutúrase nun nivel contributivo e nun nivel asistencial, ambos os dous de carácter público e obrigatorio.

O nivel contributivo ten como obxecto proporcionar prestacións substitutivas das rendas salariais deixadas de percibir como consecuencia da perda dun emprego anterior ou da redución da xornada.

O nivel asistencial, complementario do anterior, garante a protección aos traballadores desempregados que se atopen nalgún dos supostos incluídos no artigo 215.

Persoas protexidas

Estarán comprendidos na protección por desemprego, sempre que teñan previsto cotizar por esta continxencia, os traballadores por conta allea incluídos no réxime xeral da Seguridade Social, o persoal contratado en réxime de dereito administrativo e os funcionarios de emprego ao servizo das administracións públicas, os traballadores por conta allea incluídos nos réximes especiais da Seguridade Social que protexen a dita continxencia, os liberados de prisión e os membros das corporacións locais e os membros das xuntas xerais dos territorios históricos forais, cabidos insulares canarios e consellos insulares baleares e os cargos representativos dos sindicatos constituídos ao abeiro da Lei orgánica 11/1985, do 2 de agosto, de liberdade sindical, que exerzan funcións sindicais de dirección, sempre que todos eles desempeñen os indicados cargos con dedicación exclusiva ou parcial e percibindo unha retribución.

Así mesmo, estarán comprendidos na protección por desemprego, nas condicións previstas neste título para os traballadores por conta allea, os altos cargos das administracións públicas con dedicación exclusiva, percibindo retribucións e que non sexan funcionarios públicos. Non se aplicará o disposto neste parágrafo aos altos cargos das administracións públicas que teñan dereito a percibir retribucións, indemnizacións ou calquera outro tipo de prestación compensatoria como consecuencia do seu cesamento.

Acción protectora

A protección por desemprego comprenderá as prestacións seguintes:

1) No nivel contributivo:

a) Prestación por desemprego total ou parcial.

b) Aboamento da achega da empresa correspondente ás cotizacións á Seguridade Social durante a percepción das prestacións por desemprego, salvo nos supostos previstos no apartado 2 do artigo 214, así como do complemento da achega do traballador nos termos previstos no apartado 4 do artigo 214 desta lei.

2) No nivel asistencial:

a) Subsidio por desemprego.

b) Aboamento, se é o caso, da cotización á Seguridade Social correspondente á

continxencia de xubilación durante a percepción do subsidio por desemprego, nos supostos que se establecen no artigo 218.

c) Dereito ás prestacións de asistencia sanitaria e, se é o caso, ás prestacións familiares, nas mesmas condicións que os traballadores incluídos nalgún réxime de Seguridade Social.

A acción protectora comprenderá, ademais, accións específicas de formación, perfeccionamento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor dos traballadores desempregados, e aquelas outras que teñan por obxecto o fomento do emprego estable. Todo iso sen prexuízo, se é o caso, das competencias de xestión das políticas activas de emprego que desenvolverán a Administración xeral do Estado ou a Administración autonómica correspondente, de acordo coa normativa de aplicación.

Contía da prestación por desemprego

A base reguladora da prestación por desemprego será a media da base pola que se cotizase por esa continxencia durante os últimos 180 días do período a que se refire o apartado 1 do artigo 210.

No cálculo da base reguladora da prestación por desemprego excluírase a retribución por horas extraordinarias, con independencia da súa inclusión na base de cotización pola dita continxencia fixada no artigo 224 desta lei. Para os efectos dese cálculo, esas retribucións tampouco se incluírán no certificado de empresa.

A contía da prestación determinarase aplicando á base reguladora as seguintes porcentaxes: o 70 por 100 durante os cento oitenta primeiros días e o 50 por 100 a partir do día cento oitenta e un.

A contía máxima da prestación por desemprego será do 175 por 100 do indicador público de rendas de efectos múltiples, salvo cando o traballador teña un ou máis fillos ao seu cargo; en tal caso, a contía será, respectivamente, do 200 por 100 ou do 225 por 100 do dito indicador.

A contía mínima da prestación por desemprego será do 107 por 100 ou do 80 por 100 do indicador público en rendas de efectos múltiples, segundo o traballador teña ou non, respectivamente, fillos ao seu cargo.

En caso de desemprego por perda de emprego a tempo parcial ou a tempo completo, as contías máximas e mínimas da prestación, consideradas nos parágrafos anteriores, determinaranse tendo en conta o indicador público de rendas de efectos múltiples calculado en función da media das horas traballadas durante o período dos últimos 180 días, a que se refire o apartado 1 deste artigo, ponderándose tal media en relación cos días en cada emprego a tempo parcial ou completo durante ese período.

Para estes efectos, terase en conta o indicador público de rendas de efectos múltiples mensual vixente no momento do nacemento do dereito, incrementado nunha sexta parte.

A prestación por desemprego parcial determinarase, segundo as regras sinaladas nos apartados anteriores, en proporción á redución da xornada de traballo.

Nos supostos de redución de xornada previstos nos apartados 4 bis, 5 e 7 do artigo 37 da Lei do Estatuto dos traballadores, para o cálculo da base reguladora, as bases de cotización computaranse incrementadas ata o cen por cento da contía que tería correspondido se se tivese mantido, sen redución, o traballo a tempo completo ou parcial.

Se a situación legal de desemprego se produce estando o traballador nas situacións de redución de xornada citadas, as contías máxima e mínima a que se refiren os apartados anteriores determinaranse tendo en conta o indicador público de rendas de efectos múltiples en función das horas traballadas antes da redución da xornada.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO.

CORPO SUPERIOR DA ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

TEMA 8

AS PRESTACIÓNS NON CONTRIBUTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL: FINALIDADE E CLASES. INVALIDEZ NON CONTRIBUTIVA: REQUISITOS E PROCEDEMENTO PARA A SÚA OBTENCIÓN. XUBILACIÓN NON CONTRIBUTIVA

TEMA 8. AS PRESTACIÓNS NON CONTRIBUTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL: FINALIDADE E CLASES. INVALIDEZ NON CONTRIBUTIVA: REQUISITOS E PROCEDEMENTO PARA A SÚA OBTENCIÓ. XUBILACIÓN NON CONTRIBUTIVA

AS PRESTACIÓNS NON CONTRIBUTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL: FINALIDADE E CLASES

As prestacións non contributivas da Seguridade Social son aquelas que se lles recoñecen a aqueles cidadáns que, atopándose en situación de necesidade protexible, carezan de recursos suficientes para a súa subsistencia nos termos legalmente establecidos, mesmo cando non cotizasen nunca ou o tempo suficiente para alcanzar as prestacións do nivel contributivo. Dentro desta modalidade, atópanse as pensións de xubilación e invalidez.

Foron reguladas pola Lei 26/1990, cuxa exposición de motivos afirma que a súa promulgación tiña como obxectivo principal o establecemento e regulación dun nivel non contributivo de prestacións económicas do sistema da Seguridade Social, como desenvolvemento do principio reitor contido no artigo 41 da nosa Constitución, que lles encomenda aos poderes públicos o mantemento dun «réxime público de Seguridade Social» para todos os cidadáns», e, polo tanto, ditada ao amparo do previsto no artigo 149.1.17ª tamén da Constitución.

Tratábase dunha iniciativa que viña completar as reformas básicas do sistema da Seguridade Social iniciadas coa Lei 26/1985, do 31 de xullo, de medidas urxentes para a racionalización da estrutura e da acción protectora da Seguridade Social, cuxo preámbulo xa prevía que o seguinte paso debería ser *«unha regulación unitaria das distintas accións dos poderes públicos para integrais nun nivel non contributivo de pensións en favor daqueles cidadáns que, atopándose en situación de necesidade protexible, carezan de recursos económicos propios suficientes para a súa subsistencia»*.

A ampliación da protección social trataba de dar resposta a unha aspiración social de solidariedade que, en concreto, se puxo de manifesto nas enquisas realizadas no marco dos estudos preparatorios da lei, segundo as cales, unha das demandas prioritarias da sociedade é a garantía de pensións públicas para todos os anciáns ou inválidos sen recursos que, polas causas que fosen, non acceden ás prestacións hoxe vixentes.

Esas situacións de necesidade, non suficientemente cubertas polos mecanismos asistenciais que existían ata a data, resultaban satisfeitas de forma máis segura xuridicamente e con maior grao de suficiencia protectora coas novas modalidades non contributivas das pensións de invalidez e xubilación que a lei establecía. Estas prestacións configuráronse como dereitos subxectivos perfectos en favor dos beneficiarios, quen, en canto pensionistas da Seguridade Social, recibirán non só unha renda económica, senón tamén a asistencia médico-farmacéutica e os servizos sociais, e obterán desta forma unha cobertura integral ante o seu estado de necesidade.

A Lei 26/1990, do 20 de decembro, pola que se establecen na Seguridade Social prestacións non contributivas (posteriormente derogada pola Disposición derogatoria única do Real decreto legislativo 1/1994, polo que se aproba o TRLXSS) faculta, na súa disposición derradeira segunda, o Goberno para ditar as normas de desenvolvemento desta que permitan a súa aplicación real.

A tal finalidade responde o **Real decreto 357/1991**, vixente, mediante o cal se efectúa o desenvolvemento regulamentario da disposición legal citada no ámbito das pensións de Seguridade Social, na súa modalidade non contributiva, posteriormente superado no TRLXSS.

INVALIDEZ NA SÚA MODALIDADE NON CONTRIBUTIVA: requisitos e procedemento para a súa obtención.

Beneficiarios:

1. Terán dereito á pensión de invalidez, na súa modalidade non contributiva, as persoas que cumpran os seguintes requisitos:

- a) Ser maior de dezaioito e menor de sesenta e cinco anos de idade.
- b) Residir legalmente en territorio español e telo feito durante cinco anos, dos cales dous deberán ser inmediatamente anteriores á data de solicitude da pensión.
- c) Estar afectada por unha discapacidade ou por unha enfermidade crónica nun grao igual ou superior ao sesenta e cinco por cento.
- d) Carecer de rendas ou ingresos suficientes. Considerarase que existen rendas ou ingresos insuficientes cando a suma, en cómputo anual, destes sexa inferior ao importe,

tamén en cómputo anual, da prestación a que se refire o apartado 1 do artigo 145, relativo á contía desta pensión.

Aínda que o solicitante careza de rendas ou ingresos propios, nos termos sinalados, se convive con outras persoas nunha mesma unidade económica, unicamente se entenderá cumprido o requisito de carencia de rendas ou ingresos suficientes cando a suma dos de todos os integrantes daquela sexa inferior ao límite de acumulación de recursos obtido conforme o establecido nos apartados seguintes.

Os beneficiarios que sexan contratados por conta allea, que se establezan por conta propia ou que se acollan aos programas de renda activa de inserción para traballadores desempregados de longa duración maiores de 45 anos recuperarán automaticamente, de ser o caso, o dereito a esa pensión cando, respectivamente, se lles extinga o seu contrato, deixen de desenvolver a súa actividade laboral ou cesen no programa de renda activa de inserción. Non se terán en conta, no cómputo anual das súas rendas, as que percibisen en virtude da súa actividade laboral por conta allea, propia ou pola súa integración no programa de renda activa de inserción no exercicio económico en que se produza a extinción de contrato, o cesamento en actividade laboral ou no citado programa.

Os límites de acumulación de recursos, no suposto de unidade económica, serán equivalentes á contía, en cómputo anual, da pensión, máis o resultado de multiplicar o setenta por cento desa cifra polo número de conviventes, menos un.

Cando a convivencia, dentro dunha mesma unidade económica, se produza entre o solicitante e os seus descendentes ou ascendentes en primeiro grao, os límites de acumulación de recursos serán equivalentes a dúas veces e media a contía que resulte de aplicar o anteriormente sinalado.

Existirá unidade económica en todos os casos de convivencia dun beneficiario con outras persoas, sexan ou non beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio ou por lazos de parentesco de consanguinidade ata o segundo grao.

Para os efectos anteriores, consideraranse como ingresos ou rendas computables calquera bens e dereitos, derivados tanto do traballo como do capital, así como os de natureza prestacional.

Cando o solicitante ou os membros da unidade de convivencia en que estea inserto dispoñan de bens mobles ou inmobles, teranse en conta os seus rendementos efectivos. Se non existen rendementos efectivos, valoraranse segundo as normas establecidas para o imposto sobre a renda das persoas físicas, coa excepción, en todo caso, da vivenda habitualmente ocupada polo beneficiario. Tampouco se computarán as asignacións periódicas por fillos a cargo.

As rendas ou ingresos propios, así como os alleos computables por razón de convivencia nunha mesma unidade económica, a residencia en territorio español e o grao de discapacidade ou de enfermidade crónica condicionan tanto o dereito á pensión como a conservación desta e, de ser o caso, a súa contía.

Contía da pensión

1. A contía da pensión de invalidez na súa modalidade non contributiva fixarase, no seu importe anual, na correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado.

Cando nunha mesma unidade económica concorran máis dun beneficiario con dereito a pensión desta mesma natureza, a contía de cada unha das pensións virá determinada en función das seguintes regras:

1º. Ao importe referido no primeiro parágrafo deste apartado sumaráselle o setenta por cento desa mesma contía, tantas veces como número de beneficiarios, menos un, existan na unidade económica.

2º. A contía da pensión para cada un dos beneficiarios será igual ao cociente de dividir o resultado da suma prevista na regra primeira polo número de beneficiarios con dereito a pensión.

2. As contías resultantes do establecido no apartado anterior deste artigo, calculadas en cómputo anual, son compatibles coas rendas ou ingresos anuais que, de ser o caso, teña cada beneficiario, sempre que estes non excedan do 35 por 100 do importe, en cómputo anual, da pensión non contributiva. Noutro caso, deducirase do importe da pensión non contributiva a contía das rendas ou ingresos que excedan de tal porcentaxe, salvo o disposto no artigo 147 do TRLXSS.

3. Nos casos de convivencia do beneficiario ou beneficiarios con persoas non beneficiarias,

se a suma dos ingresos ou rendas anuais da unidade económica máis a pensión ou pensións non contributivas, calculadas conforme o disposto nos dous apartados anteriores, superase o límite de acumulación de recursos establecidos nos apartados 2 e 3 do artigo anterior, a pensión ou pensións reduciranse, para non superar o mencionado límite, diminuíndo, en igual contía, cada unha das pensións.

4. Malia o que acabamos de sinalar, a contía da pensión recoñecida será, como mínimo, do vinte e cinco por cento do importe da pensión a que se refire o apartado 1 deste artigo.

6. As persoas que, cumprindo os requisitos establecidos, estean afectadas por unha discapacidade ou enfermidade crónica nun grao igual ou superior ao setenta e cinco por cento e que, como consecuencia de perdas anatómicas ou funcionais, necesiten o concurso doutra persoa para realizaren os actos máis esenciais da vida, tales como vestirse, desprazarse, comer ou análogos, terán dereito a un complemento equivalente ao cincuenta por cento do importe da pensión.

Efectos económicos das pensións

Os efectos económicos do recoñecemento do dereito ás pensións de invalidez na súa modalidade non contributiva produciranse a partir do día primeiro do mes seguinte a aquel en que se presente a solicitude.

Compatibilidade das pensións

As pensións de invalidez na súa modalidade non contributiva non impedirán o exercicio daquelas actividades, sexan ou non lucrativas, compatibles co estado do inválido, e que non representen un cambio na súa capacidade de traballo.

No caso de persoas que con anterioridade ao inicio dunha actividade lucrativa viñesen percibindo pensión de invalidez na súa modalidade non contributiva, durante os catro anos seguintes ao inicio da actividade, a suma da contía da pensión de invalidez e dos ingresos obtidos pola actividade desenvolvida non poderán ser superiores, en cómputo anual, ao importe, tamén en cómputo anual, do indicador público de renda de efectos múltiples (IPREM) vixente en cada momento. En caso de exceder da dita contía, minorarase o importe da pensión no 50 por 100 do exceso sen que, en ningún caso, a suma da pensión e dos ingresos poida superar 1,5 veces o indicador público de renda de efectos múltiples

(IPREM). Esta redución non afectará ao complemento previsto no apartado 6 do artigo 145 do TRLXSS.

Cualificación

1. O grao de discapacidade ou da enfermidade crónica padecida, para os efectos do recoñecemento da pensión na súa modalidade non contributiva, determinarase mediante a aplicación dun baremo, no que serán obxecto de valoración tanto os factores físicos, psíquicos ou sensoriais da presunta persoa con discapacidade, como os factores sociais complementarios, e que será aprobado polo Goberno.
2. Así mesmo, a situación de dependencia e a necesidade do concurso dunha terceira persoa a que se refire o apartado 6 do artigo 145 TRLXSS determinarase mediante a aplicación dun baremo que será aprobado polo Goberno.
3. As pensións de invalidez non contributivas, cando os seus beneficiarios cumpran a idade de sesenta e cinco anos, pasarán a denominarse pensións de xubilación. A nova denominación non implicará modificación ningunha respecto das condicións da prestación que viñesen percibindo.

Obrigas dos beneficiarios

Os perceptores das pensións de invalidez na súa modalidade non contributiva estarán obrigados a comunicarlle á entidade que lles aboe a prestación calquera variación da súa situación de convivencia, estado civil, residencia e cantas poidan ter incidencia na conservación ou na contía daquelas. En todo caso, o beneficiario deberá presentar, no primeiro trimestre de cada ano, unha declaración dos ingresos da respectiva unidade económica da que forma parte, referida ao ano inmediato precedente.

Pola súa banda, o artigo 5 do RD 357/1991 sinala que:

1. O grao de minusvalía ou enfermidade crónica será revisable, mentres o beneficiario non cumprise os sesenta e cinco anos, por algunha das seguintes causas:

- a) Agravamento ou melloría da situación de minusvalía ou enfermidade crónica.*
- b) Variación dos factores sociais complementarios.*
- c) Erro de diagnóstico ou na aplicación do correspondente baremo.*

2. O organismo xestor poderá revisar o grao de minusvalía ou enfermidade crónica recoñecido. Para tal fin, na proposta do órgano de cualificación da minusvalía ou enfermidade crónica establecerase, cando proceda en atención ás circunstancias concorrentes, o prazo máximo en que deba efectuarse a primeira revisión do grao de minusvalía ou enfermidade crónica que se declare. Así mesmo, en cada unha das revisións que se efectúen determinarase, se é o caso, a data da seguinte revisión.

3. A primeira revisión do grao de minusvalía ou enfermidade crónica poderá instarse, por parte do interesado, unha vez que transcorran dous anos desde a data en que se recoñecese o dito grao. As posteriores revisións poderán instarse despois de transcorrido un ano desde a data da resolución que resolve a petición de revisión anterior. Os prazos precedentes non serán de aplicación cando se acredite suficientemente a variación dos factores persoais ou sociais valorados.

4. As revisións reguladas neste artigo realizaranse conforme o procedemento establecido no capítulo IV deste real decreto para o recoñecemento do dereito ás pensións.

5. Se, como consecuencia da revisión, se reduce o grao inicialmente recoñecido, os efectos económicos da revisión terán lugar desde o día 1 do mes seguinte ao que se ditase a resolución.

Se, como consecuencia da revisión, se incrementa o grao de minusvalía inicialmente recoñecido e/ou se declara a necesidade de concurso doutra persoa, para os efectos do complemento a que se refire o artigo 2 deste real decreto, os efectos económicos da revisión terán lugar desde o día 1 do mes seguinte ao da solicitude do interesado, salvo que a revisión se producise de oficio, caso en que os efectos económicos serán a partir do día 1 do mes seguinte a aquel en que fose emitido o oportuno ditame polo equipo de valoración e orientación a que se refire o número 2 do artigo 21.

XUBILACIÓN NON CONTRIBUTIVA

Beneficiarios

Terán dereito á pensión de xubilación, na súa modalidade non contributiva, as persoas que cumpran os seguintes requisitos:

- a) Ter cumpridos os sesenta e cinco anos de idade.

b) Residir legalmente en territorio nacional e telo fito durante dez anos entre a idade de dezaseis anos e a idade con dereito a percibir a pensión, dos cales dous deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores á solicitude da pensión.

c) Carecer de rendas ou ingresos suficientes nos termos establecidos no artigo 11 do RD 357/1991.

2. As rendas e ingresos propios, así como os alleos computables por razón de convivencia nunha mesma unidade económica, e a residencia en territorio español, condicionan tanto o dereito a pensión como a súa conservación e, de ser o caso, a contía daquela.

Contía da pensión

Para a determinación da contía da pensión de xubilación, na súa modalidade non contributiva, observarase o disposto para a pensión de invalidez no artigo 145 desta lei.

Efectos económicos do recoñecemento do dereito

Os efectos económicos do recoñecemento do dereito á pensión de xubilación, na súa modalidade non contributiva, produciranse a partir do día primeiro do mes seguinte a aquel en que se presente a solicitude.

Obrigas dos beneficiarios

Os perceptores da pensión de xubilación, na súa modalidade non contributiva, estarán obrigados ao cumprimento do establecido, para a pensión de invalidez, no artigo 149 desta lei.

Por último, o RD 357/1991 recolle unha serie de normas comúns ás pensións de invalidez e xubilación non contributivas.

Artigo 10. Requisito de residencia legal

1. O requisito de residencia legal para o recoñecemento e conservación do dereito á pensión quedará acreditado sempre que, tendo o interesado domicilio en territorio español, resida neste, posuíndo a condición de residente.

2. A residencia continuada anterior á solicitude da pensión e a posterior ao recoñecemento do dereito non se considerará interrompida polas ausencias do territorio español inferiores a noventa días ao longo de cada ano natural, así como cando a

ausencia estea motivada por causas de enfermidade debidamente xustificadas.

Artigo 11. Carencia de rendas ou ingresos

1. Considerarase que existen rendas ou ingresos insuficientes cando os que teña ou se prevexa que vai ter o interesado, en cómputo anual, de xaneiro a decembro, sexan inferiores á contía, tamén en cómputo anual, das pensións non contributivas da Seguridade Social que se fixe na correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado.

2. Malia o disposto no número anterior, cando o solicitante careza de rendas ou ingresos abondos, se convive con outras persoas nunha mesma unidade económica, unicamente se entenderá cumprido ese requisito cando a suma das rendas ou ingresos computables de todos os integrantes daquela, nos termos previstos no número anterior, sexa inferior ao límite de acumulación de recursos, equivalente á contía, en cómputo anual, da pensión máis o resultado de multiplicar o 70 por 100 da dita cifra polo número de conviventes, menos un.

Cando a convivencia, dentro dunha mesma unidade económica, se produza entre o solicitante e os seus descendentes ou ascendentes consanguíneos ou por adopción en primeiro grao, o límite de acumulación de recursos será equivalente a dúas veces e medio a contía que resulte de aplicar o disposto no primeiro parágrafo.

Artigo 12. Rendas ou ingresos computables

1. Para os efectos do establecido no artigo anterior considéranse rendas ou ingresos computables os bens e dereitos de que dispoñan anualmente o beneficiario ou a unidade económica de convivencia, derivados tanto do traballo como do capital, así como calquera outros substitutivos daqueles.

2. Entenderase por rendas de traballo as retribucións, tanto monetarias como en especie, derivadas do exercicio de actividades por conta propia ou allea.

Equipáranse a rendas de traballo as prestacións recoñecidas por calquera dos réximes de previsión social financiados con cargo a recursos públicos ou privados.

Así mesmo, terán a consideración de ingresos substitutivos das rendas de traballo calquera outras percepcións supletorias destas a cargo de fondos públicos ou privados.

3. Como rendas de capital computaranse a totalidade dos ingresos que proveñan de

elementos patrimoniais, tanto de bens como de dereitos, e consideraranse segundo os seus rendementos efectivos. De non existir, estes valoraranse conforme as normas establecidas no imposto sobre a renda das persoas físicas, a excepción da vivenda habitualmente ocupada.

4. En todo caso, computaranse as rendas ou ingresos, de calquera natureza, que se teña dereito a percibir ou gozar, salvo as asignacións económicas por fillo a cargo, teña ou non a condición de persoa con discapacidade, nas súas distintas modalidades, outorgadas polo sistema da Seguridade Social, o subsidio de mobilidade e compensación para gastos de transporte, previsto na lei de integración social dos minusválidos, os premios ou recompensas outorgados a persoas con discapacidade nos centros ocupacionais, así como as prestacións económicas e en especie outorgadas en aplicación da Lei 39/2006, do 14 de decembro (RCL 2006, 2226), de promoción da autonomía persoal e atención ás persoas en situación de dependencia.

Artigo 13. Unidade económica de convivencia

Existirá unidade económica en todos os casos de convivencia dun beneficiario con outras persoas, sexan ou non beneficiarios, unidas con aquel por matrimonio ou por lazos de parentesco por consanguinidade ou por adopción ata o segundo grao.

Artigo 14. Cálculo das contías

1. A contía das pensións, no seu importe anual, será a que se fixe na correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado. O seu pagamento fraccionarase en catorce pagas, correspondentes a cada un dos meses do ano e dúas pagas extraordinarias que se percibirán nos meses de xuño e novembro.

Cando nunha mesma unidade económica concorra máis dun beneficiario con dereito a pensión desta mesma natureza, a contía de cada unha das pensións virá determinada en función das seguintes regras:

Primeira. Ao importe referido no número 1 sumaráselle o 70 por 100 desa mesma contía tantas veces como número de beneficiarios, menos un, existan na unidade económica.

Segunda. A contía da pensión para cada un dos beneficiarios será igual ao cociente de dividir o resultado da suma prevista na regra primeira polo número de beneficiarios con

dereito a pensión.

2. Das contías individuais resultantes da aplicación do establecido no número anterior, calculadas en cómputo anual, deduciranse, se é o caso, as rendas ou ingresos anuais computables de que dispoña cada beneficiario.

3. Nos supostos de convivencia do beneficiario ou beneficiarios nunha mesma unidade económica con persoas non beneficiarias, se a suma dos ingresos ou rendas anuais de todos os compoñentes da unidade económica, máis os importes da pensión ou pensións non contributivas calculadas conforme o disposto nos números anteriores, superase o límite de acumulación de recursos establecido no artigo 11, a pensión ou pensións reduciranse, para non superar ese límite, e diminuírase, por igual contía, cada unha das pensións.

4. A contía mínima da pensión que se vaia recoñecer será, en calquera caso, igual ao 25 por 100 da contía da pensión a que se refire o número 1 deste artigo, aínda que o cálculo resultante da aplicación do disposto nos números 2 e 3 dese un resultado inferior á dita porcentaxe.

5. A contía mensual que haxa que aboar a cada beneficiario redondearase ao múltiplo de dez máis próximo por exceso.

Artigo 15. Recoñecemento e efectos

1. O recoñecemento do dereito á pensión de xubilación ou invalidez, nas súas modalidades non contributivas, dará lugar á asistencia sanitaria da Seguridade Social, logo de recoñecemento do dereito a esta por Instituto Nacional de Seguridade Social, así como o acceso aos servizos sociais establecidos no sistema para os pensionistas.

Para tal efecto, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social expedirá, en favor dos beneficiarios das pensións non contributivas da Seguridade Social, o correspondente documento que sirva para acreditar, en todo o territorio nacional, a súa condición de pensionistas da Seguridade Social.

2. Os efectos económicos da pensión produciranse a partir do día primeiro do mes seguinte a aquel en que se presentase a solicitude.

Artigo 16. Obrigas dos beneficiarios

1. Os perceptores das pensións de invalidez e xubilación, nas súas modalidades non contributivas, estarán obrigados a comunicar, no prazo máximo de trinta días desde a data en que se produza, calquera variación da súa situación de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios ou alleos computables por razón de convivencia, e cantas poidan ter incidencia na conservación ou na contía daquela.

Cando do incumprimento desta obriga derive unha percepción indebida de prestacións, o interesado, conforme o disposto no artigo 56 da Lei xeral da Seguridade Social (RCL 1974, 1482), deberá reintegrar as cantidades indebidamente percibidas, desde o primeiro día do mes seguinte a aquel en que variase a situación, calquera que sexa o momento en que se detecte a variación, salvo que a acción para solicitar a devolución prescribise, por transcurso do prazo de cinco anos.

2. Conforme o establecido na disposición adicional quinta da Lei 26/1990, do 20 de decembro (RCL 1990, 2644, e RCL 1991, 253), os beneficiarios deberán presentar unha declaración dos ingresos ou rendas computables, da respectiva unidade económica de convivencia, referidos ao ano inmediatamente anterior.

Ao mesmo tempo, declararán as posibles variacións nos ingresos ou rendas xustificadas, referidos ao ano en curso, para os efectos de modificar, de ser o caso, a contía que haxa que aboar, segundo o importe vixente da pensión.

A declaración a que se refire o primeiro parágrafo deste número deberá presentarse no primeiro trimestre de cada ano. Incumplida esa obriga e logo de requirimento do organismo xestor ao beneficiario, coa advertencia expresa das consecuencias do incumprimento, procederase, como medida preventiva, a suspender o pagamento da pensión.

Artigo 17. Variación de rendas ou ingresos

No suposto de que o beneficiario vise incrementados ou minorados as rendas ou ingresos inicialmente previstos, dos que, pola súa estimación en cómputo anual, de xaneiro a decembro, puidese derivar a modificación da contía da pensión que viñese percibindo ou a extinción do dereito a esta, o organismo xestor, sen prexuízo da regularización que proceda unha vez concluído o exercicio económico de que se trate, revisará o importe da pensión ou interromperá o pagamento desta, con efectos do día primeiro do mes seguinte

a aquel en que se producise a variación correspondente.

Artigo 18. Incompatibilidade entre prestacións

1. A condición de beneficiario das modalidades non contributivas das pensións da Seguridade Social é incompatible coa percepción das pensións asistenciais reguladas na Lei 45/1960, do 21 de xullo (RCL 1960, 1038), así como coa dos subsidios de garantía de ingresos mínimos e de axuda por terceira persoa establecidos na Lei 13/1982, do 7 de abril (RCL 1982, 1051), e regulados polo Real decreto 383/1984, do 1 de febreiro (RCL 1984, 574).

En tal suposto deberá exercerse opción en favor dalgunha das prestacións declaradas incompatibles.

2. Así mesmo, a condición de pensionista de invalidez ou xubilación nas modalidades non contributivas por parte do fillo con minusvalía é incompatible co dereito dos pais ou daquel, cando sexa orfo absoluto, a percibir a asignación económica por fillo a cargo regulada polos apartados 3.2 e 3.3 do artigo 167 do Texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social na redacción dada polo artigo 3 da Lei 26/1990, do 20 de decembro.

En tales supostos deberá exercerse a correspondente opción que, no caso de que os beneficiarios sexan diferentes, deberá formularse logo de acordo de ambos os dous. A falta de acordo, prevalecerá o dereito á pensión de Seguridade Social de invalidez ou xubilación na súa modalidade non contributiva.

Nos casos en que se viñese percibindo unha pensión non contributiva e se optase en favor da asignación económica por fillo minusválido a cargo, os efectos económicos da pensión non contributiva estenderanse ata o último día do mes anterior a aquel en que han de producir efectos económicos as asignacións por fillo a cargo recoñecidas.

Artigo 19. Extinción dos efectos económicos das pensións de invalidez e xubilación

Os efectos económicos das pensións declaradas extinguidas, a teor do previsto nos artigos 7 e 9 deste real decreto, estenderanse ata o último día do mes en que se producise a causa determinante da súa extinción, salvo nos supostos en que esta se producise por unha modificación do grao de minusvalía declarado, caso en que se observará o disposto no número 5 do artigo 5.

Artigo 20. Infraccións

O incumprimento das obrigas dos beneficiarios, así como calquera actuación dirixida a obter ou a conservar fraudulentamente a pensión, poderá ser obxecto das sancións correspondentes de acordo coa gravidade da infracción, conforme a regulación contida na Lei 8/1988, do 7 de abril (RCL 1988, 780), sobre infraccións e sancións de orde social.

As sancións referidas enténdense sen prexuízo do reintegro das cantidades indebidamente percibidas.

Finalmente, cabe sinalar que tamén debe facerse referencia ás **prestacións familiares da Seguridade Social, na súa modalidade non contributiva**, as cales consistirán en:

a) Unha asignación económica por cada fillo, menor de 18 anos ou, cando sendo maior desa idade, estea afectado por unha minusvalía, nun grao igual ou superior ao 65 por 100, a cargo do beneficiario, calquera que sexa a natureza legal da filiación daqueles, así como por os menores acollidos, en acollemento familiar, permanente ou preadoptivo.

O causante non perderá a condición de fillo ou de menor acollido a cargo polo mero feito de realizar un traballo lucrativo por conta propia ou allea sempre que continúe vivindo co beneficiario da prestación e que os ingresos anuais do causante, en concepto de rendementos do traballo, non superen o 100 por 100 do salario mínimo interprofesional, tamén en cómputo anual.

Tal condición manterase aínda que a afiliación do causante como traballador supoña o seu encadramento nun réxime de Seguridade Social distinto a aquel no que estea afiliado o beneficiario da prestación.

b) Unha prestación económica de pagamento único a cantidade fixa por nacemento ou adopción de fillo, en supostos de familias numerosas, monoparentais e nos casos de nais discapacitadas.

c) Unha prestación económica de pagamento único por parto ou adopción múltiples.

Asignación económica por fillo ou menor acollido a cargo

Beneficiarios

Terán dereito á asignación económica por fillo ou menor acollido a cargo os que:

a) Residan legalmente en territorio español.

b) Teñan ao seu cargo fillos ou menores acollidos nos que concorran as circunstancias xa sinaladas e que residan en territorio español.

Nos casos de separación xudicial ou divorcio, o dereito á percepción da asignación conservárase para o pai ou a nai polos fillos ou menores acollidos que teña o seu cargo.

c) Non perciban ingresos anuais, de calquera natureza, superiores a 11.547,96 euros. A contía anterior incrementárase nun 15 por 100 por cada fillo ou menor acollido a cargo, a partir do segundo, este incluído.

Pero se se trata de persoas que forman parte de familias numerosas de acordo co establecido na Lei de protección ás familias numerosas, tamén terán dereito á indicada asignación económica por fillo a cargo se os seus ingresos anuais non son superiores a 17.380,39 euros, nos supostos en que concorran tres fillos a cargo, e incrementárase en 2.815,14 euros por cada fillo a cargo a partir do cuarto, este incluído.

En caso de convivencia do pai e da nai, se a suma dos ingresos de ambos os dous superase os límites de ingresos establecidos nos parágrafos anteriores, non se lle recoñecerá a condición de beneficiario a ningún deles. Igual regra se aplicará nos supostos en que o acollemento familiar, permanente ou preadoptivo, se constituíse por dúas persoas que formen unha mesma unidade familiar.

Os límites de ingresos anuais a que se refiren os dous primeiros parágrafos actualizaranse anualmente na Lei de orzamentos xerais do Estado, respecto da contía establecida no exercicio anterior, polo menos, na mesma porcentaxe que na dita lei se estableza como incremento xeral das pensións contributivas da Seguridade Social.

Non obstante, tamén poderán ser beneficiarios das asignacións económicas por fillo ou menor acollido a cargo os que perciban ingresos anuais, por calquera natureza, que, superando a cifra indicada nos parágrafos anteriores, sexan inferiores á contía que resulte de sumarlle á devandita cifra o produto de multiplicar o importe anual da asignación por fillo ou menor acollido polo número de fillos ou menores acollidos a cargo dos beneficiarios.

Neses casos, a contía anual da asignación será igual á diferenza entre os ingresos

percibidos polo beneficiario e a cifra resultante de aplicar o disposto no parágrafo anterior. Esa contía será distribuída entre os fillos ou menores acollidos a cargo do beneficiario e as mensualidades a que, dentro de cada exercicio económico, se teña dereito á asignación.

Non se recoñecerá asignación económica por fillo ou menor acollido a cargo cando a diferenza a que se refire o parágrafo anterior sexa inferior ao importe mensual da asignación, por cada fillo ou menor acollido a cargo non discapacitado.

d) Non teñan dereito, nin o pai nin a nai, a prestacións desta mesma natureza en calquera outro réxime público de protección social.

Serán beneficiarios da asignación que, de ser o caso e en razón deles, lles correspondese aos seus pais, aqueles orfos de pai e nai, menores de 18 anos, ou minusválidos nun grao igual ou superior ao 65 por 100. Este criterio seguirase no suposto dos que non sexan orfos e fosen abandonados polos seus pais, sempre que non se atopen en réxime de acollemento familiar, permanente ou preadoptivo.

E tamén serán beneficiarios das asignacións que en razón deles corresponderían aos seus pais, os fillos minusválidos maiores de dezoito anos que non fosen incapacitados xudicialmente e conserven a súa capacidade de obrar.

Cando se trate de menores non discapacitados, será requisito indispensable que os seus ingresos anuais, incluída, de ser o caso, a pensión de orfandade, non supere o límite establecido.

Para os efectos do recoñecemento da condición de beneficiario, nos supostos de fillos ou menores acollidos a cargo minusválidos non se exixirá límite de recursos económicos.

A contía da asignación económica será, en cómputo anual, de 291 euros, salvo nos supostos especiais que se conteñen no apartado seguinte.

Nos casos en que o fillo ou menor acollido a cargo teña a condición de discapacitado, o importe da asignación económica será, en cómputo anual, o seguinte:

a) 1.000 euros cando o fillo ou menor acollido a cargo teña un grao de minusvalía igual ou superior ao 33 por 100.

b) 4.402,80 euros cando o fillo a cargo sexa maior de 18 anos e estea afectado por unha discapacidade nun grao igual ou superior ao 65 por 100.

c) 6.604,80 euros cando o fillo a cargo sexa maior de 18 anos, estea afectado por unha discapacidade nun grao igual ou superior ao 75 por 100 e, como consecuencia de perdas anatómicas ou funcionais, necesite o concurso doutra persoa para realizar os actos máis esenciais da vida, tales como vestirse, desprazarse, comer ou análogos.

O grao de discapacidade, para os efectos do recoñecemento das asignacións por fillo ou menor acollido minusválido a cargo, así como a situación de dependencia e a necesidade do concurso doutra persoa a que se refire o apartado 2.c), do artigo anterior, determinaranse mediante a aplicación do baremo aprobado polo Goberno mediante real decreto.

Todo beneficiario estará obrigado a declarar cantas variacións se produzan na súa familia, sempre que estas deban ser tidas en conta para os efectos do nacemento, modificación ou extinción do dereito.

En ningún caso será necesario acreditar documentalmente aqueles feitos ou circunstancias, tales como o importe das pensións e subsidios, que a Administración da Seguridade Social deba coñecer por si directamente.

Todo beneficiario estará obrigado a presentar, dentro do primeiro trimestre de cada ano, unha declaración expresiva dos ingresos habidos durante o ano anterior.

Cando se produzan as variacións a que se refire o apartado anterior, producirán efecto, en caso de nacemento do dereito, a partir do día primeiro do trimestre natural inmediatamente seguinte á data en que se solicitase o seu recoñecemento e, en caso de extinción do dereito, tales variacións non producirán efecto ata o último día do trimestre natural dentro do cal se producise a variación de que se trate.

As asignacións económicas por fillo ou menor acollido a cargo percibiranse en función das mensualidades a que, dentro de cada exercicio económico, teña dereito o beneficiario.

O aboamento das asignacións económicas por fillo ou menor acollido a cargo efectuarase coa periodicidade que se estableza nas normas de desenvolvemento desta lei.

CRISTINA CASTROVIEJO OJEA

LCDA. EN DEREITO. CORPO SUPERIOR DA
ADMINISTRACIÓN DA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA